This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HDI
HL OYZ7 W

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Apr. 30, 1902.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals,

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Decker, Dr. Voswinckel und Heinsius.

Vierundfunfzigster Band.

(Fünfte Folge: Vierter Band.)

Berlin,
Carl Heymann's Verlag
(A. E. Wagner.)

1866.

Digitized by Google

Entscheidungen

des

Königlichen Ober-Tribunals,

herausgegeben

im

amtlichen Auftrage

von

den Geheimen Ober-Tribunals-Räthen

Decker, Dr. Voswinckel und Heinsius.

Fünfte Folge.
Vierter Band.

Berlin,
Carl Heymann's Verlag
(A. E. Wagner.)

1866.

Digitized by Google

Rec. Apr. 30, 1902.

Digitized by Google

Inhalts-Verzeichniß.

I. Senats-Entscheidungen.

1. Allgemeines Recht.

№ 1. Anfechtung simulirter Verträge . . . . S. 1.
= 2. Vertragsmäßig beschränktes Eigenthum . . S. 11.
= 3. s. Provinzialrecht.
= 4. Conventional-Strafe . . . . . S. 27.
= 5. Finden eines Schatzes . . . . . S. 33.
= 6. Entsagung einer Erbschaft nach Ablauf der Ueberlegungsfrist . . . . . S. 44.
= 7. Verjährung bei Erbschaftsklagen . . . . S. 48.
= 8. Streit mehrerer Eigenthums-Prätendenten . S. 60.
= 9. Gesetzliche Zinsen. Verzugszinsen . . . S. 64.
= 10. Gewährleistung. Gutslasten . . . . . S. 71.
= 11. Wiederkauf . . . . . S. 79.
= 12. Cession der Police einer Lebensversicherungs-Gesellschaft . . . . . S. 83.
= 13. Recht zur Erhebung der Altentheils-Prästationen S. 93.
= 14. Persönliche Verpflichtung zur Gewährung des Altentheils . . . . . S. 96.
= 15. Darlehen der Vorschußvereine . . . . S. 101.
= 16. Nachforderung von Verzugszinsen bei Quittungen über das Kapital . . . . . S. 107.

Digitized by Google

№ 17. Ueber die Erfordernisse des testamentarischen Vorbehaltes außergerichtlicher Codicille . . . S. 111.
= 18. Vindication der auf den Inhaber lautenden Papiere S. 116.
= 19. Contractsklage, an Stelle der condictio indebiti, gegen eine erfolgte Abrechnung . . . S. 120.
= 20. s. Provinzialrecht.
= 21. Verwaltung einer gemeinschaftlichen Sache S. 137.
= 22. s. Provinzialrecht.
= 23. s. Provinzialrecht.
= 24. Convalescirung des Hypothekenrechts durch Nachzahlung der Darlehns-Valuta . . . . . S. 169.
= 25. Hypothekenrecht . . . . . S. 176.
= 26. Vorkauf. Retract . . . . . S. 183.
= 27. Pacht eines Hüttenwerkes, mit der Verpflichtung zum Ankaufe von Erzen des Verpächters . . S. 191.
= 28. s. Provinzialrecht.
= 29. s. Provinzialrecht.
= 30. Zurücknahme einer Ehescheidungsklage unter Vorbehalten S. 208.
= 31. Enterbungsursachen . . . . . S. 211.
= 32. Berechtigung des natürlichen Vaters zur eigenen Verpflegung des unehelichen Kindes . . . . S. 224.
= 33. Verkaufs-Commission . . . . . S. 230.
= 34. Verjährung der Ansprüche des Commissionairs S. 244.
= 35. Unterkreuzte Wechsel, deren Beglaubigung . S. 250.
= 36. Rechtsweg bei vermögensrechtlichen Ansprüchen der Staatsbeamten aus ihrem Dienstverhältnisse. Verjährung der Rückstände . . . . . S. 259.
= 37. Einfluß der Entscheidung des Verwaltungs-Chefs auf die Zulässigkeit des Rechtsweges über Ansprüche der Staatsbeamten auf Diensteinkommen . . S. 274.
= 38. Zulässigkeit des Rechtsweges über Ansprüche der Richter auf Diäten und Reisekosten in Partelsachen S. 281.

Digitized by Google

№ 39. Reisegelder eines Beamten in dienstlichen Angelegenheiten . . . . . S. 288.
= 40. Patronatslasten bei einem nur aus Realberechtigungen bestehenden Rittergute . . . . . S. 292.
= 41. Unzulässigkeit des Rechtsweges über die Frage der Nothwendigkeit von Kirchen- und Pfarrbauten . . S. 305.
= 42. s. Provinzialrecht.
= 43. Bestimmung des Patronatsbeitrages zu Kirchenbauten, wenn zur Kirche Einwohner von Stadt und Land eingepfarrt sind . . . . . S. 329.
= 44. s. Provinzialrecht.
= 45. Deckung des Schulgeldes armer Kinder . . S. 349.
= 46. s. Provinzialrecht.
= 47. Stempelpflichtigkeit von Kauf- und Lieferungsverträgen, resp. der durch Correspondenz zu Stande gekommenen S. 369.
= 48. Quittungsstempel . . . . . S. 387.
= 49. Stempelpflichtigkeit der Kaufspunktationen . S. 393.
= 50.
= 51.
= 52.
= 53. } s. Provinzialrecht.

2. Provinzialrecht.

№ 22. Churmark. Lehnsschulden . . . . . S. 144.
= 42. Neumark. Patronatsbeitrag bei Pfarrbauten S. 316.
= 23. Pommern. Wiederkäufliche Veräußerung eines hinterpommerschen Lehns. Reluition . . . . S. 158.
= 3. Schlesien. Belohnung für Vermittelung des Verkaufs einer Hypothek . . . . . S. 19.
= 50. Schlesien. Wegeban . . . . . S. 399.
= 51. Schlesien. Deichbaulast . . . . . S. 409.
= 53. Schlesien. Feldesreservation für den fiscalischen Bergbau . . . . . S. 446.

Digitized by Google

№ 52. Ober-Lausitz. Brückenbaulast . . . . . S. 425.
= 46. Provinz Sachsen. Stempel zu Veräußerungsverträgen über Kohlenbau-Gerechtigkeiten . . . . S. 357.
= 20. Westphalen. Rechtsverhältnisse der Heuerlinge in den Markgenossenschaften . . . . . S. 129.
= 28. Herzogthum Westphalen. Ausübung der Hütungsgerechtigkeit . . . . . S. 195.
= 29. Paderborn. Eheliche Gütergemeinschaft . . S. 200.
= 44. Hohenzollern. Kirchenbaupflicht der Decimatoren S. 343

II. Präjudicien.

a. in Civilsachen . . . . . S. 458.
b. des Senats für Strafsachen . . . . . S. 459.

Digitized by Google

№ 1.

Anfechtung simulirter Verträge.

Ist ein Gläubiger, auf dessen Antrag bei seinem Schuldner im Wege der Execution Sachen gepfändet worden sind, berechtigt, einem Intervenienten, welcher das Eigenthum dieser Sachen von dem Schuldner durch einen mit ihm geschlossenen Vertrag vor der Pfändung erworben zu haben behauptet, auch ohne den Nachweis einer Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners entgegen zu setzen: daß dieser Vertrag simulirt sei?

A. L. R. Thl. I. Tit. 4. §. 52.

Gesetz vom 9. Mai 1855 §§. 1. 2. 7. Nr. 1.

In Sachen des Kaufmanns L. wider den Gastwirth St. sind bei dem Letzteren im Wege der Execution mehrere Sachen gepfändet worden, deren Eigenthum der Kaufmann M. auf Grund zweier Verträge vom 18. Juli und 25. August 1863 in Anspruch nimmt und gegen den L. Interventions-Klage erhoben hat. Dieser wendet unter Anderem ein, daß beide Verträge simulirt seien. Mit Rücksicht auf einen Proceß, welcher früher zwischen denselben Parteien geführt worden, hat, ohne Beweisaufnahme, das Kreisgericht zu Siegen nach Anleitung des §. 17. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 diesen

Digitized by Google

Einwand für richtig angenommen und mittelst Erkenntnisses vom 4. December 1863 den Kläger mit seiner Interventions-Klage abgewiesen.

Das Appellations-Gericht zu Arnsberg hat dagegen, weil eine Vermögens-Unzulänglichkeit des St. nicht behauptet, noch weniger nachgewiesen sei, ohne solche aber Verklagter kein Recht habe, Verträge seines Schuldners anzufechten, auf die Untersuchung, ob die fraglichen Verträge nur zum Scheine abgeschlossen seien, also nicht einzugehen sei, so lange andere Executions-Gegenstände, wie hier angenommen werden müsse, vorhanden, nach dem Antrage in der Interventions-Klage den Verklagten mit seinen Ansprüchen an die vom Kläger in Anspruch genommenen Sachen mittelst Erkenntnisses vom 4. Juni 1864 abgewiesen und erkannt, daß die geschehene Pfändung aufzuheben.

In Folge der Nichtigkeits-Beschwerde des Verklagten hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 19. December 1864 das Appellations-Erkenntniß vernichtet und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz verwiesen, aus folgenden

Gründen:

Auf Grund des vom Interventen L. gegen den Cointervenienten St. erstrittenen rechtskräftigen Erkenntnisses sind auf Antrag des Ersteren im Wege der Execution bei dem Letzteren mehrere in dessen Besitz befindliche Sachen gepfändet worden. Die verhängte Execution giebt das Recht zum Eingriffe in das Eigenthum des Exequendus St. Daß die im Besitze desselben vorgefundenen Sachen dessen Eigenthum sind, dafür streitet die Vermuthung nach dem A. L. R. Thl. I. Tit. 7. §§. 179. 180. Dem Intervenienten, welcher auch das frühere Eigenthum desselben gar nicht bestreitet, vielmehr das Eigenthum von demselben neuerlich erworben zu haben,

Digitized by Google

behauptet, liegt daher der Beweis dieses seines Eigenthums-Erwerbes ob. Wie er denselben gegen den in Besitz befindlichen St., wenn er gegen ihn die Vindication erhöbe, führen müßte, so muß er ihn auch gegen den Intervenienten L. führen, wenn er dessen in das Eigenthum seines im Besitz gefundenen Schuldners St., aber nicht in sein, des Intervenienten, Eigenthum begründeten Eingriff durch richterliche Execution von den gepfändeten Sachen abwenden will. Er gründet sich zum Beweise seines Eigenthums-Erwerbes auf zwei mit dem St. über diese Sache am 18. Juli und 25. August 1863 geschlossene Kaufverträge. Indem der Intervent entgegnet, daß dieselben simulirt seien, bestreitet er, daß in Wahrheit ein Kaufgeschäft geschlossen worden sei. Er muß zwar, weil die Vermuthung in der in den §§. 52—54. Tit. 4. a. a. O. angegebenen Maaße für den Ernst spricht, die behauptete Simulation beweisen. Dennoch hat seine Entgegnung — wie für einen solchen Fall in dem Aufsatze in der Gerichtszeitung von 1860 S. 26. richtig bemerkt ist — in der Sache selbst den Charakter einer bloßen negativen Litiscontestation auf die Behauptung des Intervenienten: daß er die Sachen gekauft und dadurch das Eigenthum erworben habe.

Zu dieser nach vorstehenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen dem Extrahenten einer Execution zustehenden einfachen Vertheidigung des Eigenthums seines Schuldners an bei diesem gepfändeten Sachen bedarf derselbe gar nicht der Ermächtigung durch die besonderen Gesetze, welche gegeben worden sind, um den Gläubigern zahlungsunfähiger Schuldner in so fern zu Hülfe zu kommen, daß sie gewisse Rechtsgeschäfte derselben im Wege der Klage oder der Einrede anfechten dürfen. Diese besonderen Gesetze, wie sie in der alten Concurs-Ordnung §§. 48—57., der neuen Concurs-Ordnung §§. 99.

Digitized by Google

bis 112., dem früheren Gesetze vom 26. April 1835 und dem neuen Gesetze vom 9. Mai 1855 enthalten sind, nehmen im Allgemeinen im Rechtssystem die Stellung ein, daß sie eine wirkliche Rechtshandlung vor Augen haben, durch welche in Wahrheit Etwas aus dem Vermögen eines Schuldners herausgegangen ist, und daß bei dessen Zahlungsunfähigkeit und den übrigen Voraussetzungen dieser Gesetze dieselben die Gläubiger ermächtigen, die Rechtshandlung mit der Wirkung anzufechten, daß die aus dem Vermögen des zahlungsunfähigen Schuldners wirklich herausgegangene Sache, zu Gunsten der anfechtenden Gläubiger Behufs deren Befriedigung, so angesehen werden soll, als wäre sie nicht aus dem Vermögen des Schuldners herausgegangen. Zu diesem Behufe geben sie den Gläubigern, nicht dem Schuldner, ein Recht zur Rescission einer von diesem wirklich vorgenommenen Rechtshandlung, so wie im römischen Rechte der Prätor den Concurs-Gläubigern die unter gewissen Voraussetzungen auf restitutio in pristinum statum gerichtete actio Pauliana zur Anfechtung von Rechtshandlungen des concursifex gegeben hatte.

l. 10. pr. §. 22. D. Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur.

Das durch diese besonderen Gesetze den Gläubigern gegebene Recht zur Rescission von Rechtshandlungen des Schuldners — mag es im Wege der Klage oder der Einrede geltend gemacht werden — ist selbstredend an die Voraussetzungen dieser Gesetze, und darunter an die erste und wesentlichste Voraussetzung: Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners, geknüpft. Auf dem Boden dieses besonderen Rescissionsrechts der Gläubiger steht aber der nicht, welcher das Eigenthum seines Schuldners an der bei diesem gepfändeten Sache gegen das Trugbild eines simulirten Vertrages vertheidigt, durch welchen die Sache aus dem Eigenthum seines Schuld-

Digitized by Google

ners herausgegangen sein würde, wenn er in Wahrheit geschlossen wäre, aber darum nicht herausgegangen ist, weil der Veräußerungs-Vertrag nicht in Wahrheit geschlossen worden ist. Dies ist schon im Ober-Tribunals-Erkenntnisse vom 14. October 1844 (Entscheid. Bd. 10. S. 355—361) in Bezug auf das frühere Gesetz vom 26. April 1835 geltend gemacht (S. 359.) und ausgeführt worden: daß, auch wo die Voraussetzungen dieses Gesetzes nicht vorliegen, jeder Gläubiger die simulirten Veräußerungs-Verträge seines Schuldners, mit welchen Jemand der von ihm nachgesuchten Execution entgegentreten will, durch den Nachweis der Simulation beseitigen kann. Damals war es die im Wege der Execution beantragte Subhastation eines Grundstücks, welcher die Haushälterin des Exequendus mit einem Vertrage entgegentrat, durch welchen derselbe das Grundstück ihr verkauft habe. Das Ober-Tribunals-Erkenntniß hat für den Fall, daß die Simulation dieses Vertrages durch Ableistung eines Eides erwiesen werde, angenommen, daß in Wahrheit der Exequendus Eigenthümer und Besitzer des Grundstückes geblieben sei, und den Gläubiger darum, des Vertrages ungeachtet, für befugt erachtet, die Subhastation des Grundstückes zum Zwecke seiner Befriedigung nachzusuchen.

Es hat nicht die Ansicht aufgestellt, daß ein Gläubiger, aus eigenem Rechte, die Herausgabe der vom Schuldner nach Inhalt eines Scheinvertrages veräußerten Sache Behufs Vollstreckung der Execution in dieselbe von dem anderen Scheincontrahenten, welcher in den Naturalbesitz derselben gekommen ist, fordern könne. Dazu hat er ein eigenes Recht nicht, kann erst seit dem Gesetze vom 20. März 1854 nach dessen §. 18. vom Richter dazu ermächtigt werden, wie in dem gedachten Aufsatze richtig ausgeführt worden ist. Eben so gestattet jetzt der §. 17. dieses Gesetzes, von

Digitized by Google

Gerichtswegen den Executionssucher zur Geltendmachung persönlicher Ansprüche seines Schuldners auf Herausgabe von Sachen, deren Eigenthümer er noch nicht ist, gegen den ihm zur Herausgabe Verpflichteten zu ermächtigen; und demgemäß kann nun, was das Ober-Tribunals-Erkenntniß vom 14. October 1844 a. a. O. S. 360. 361. nach der damaligen Gesetzgebung vermissen mußte, ein Executionssucher auch vom Richter ermächtigt werden, eine dem Exequendus selbst (z. B. wegen Irrthums) zustehende Rescissions-Klage auf Aufhebung eines in Wahrheit geschlossenen Veräußerungs-Vertrages, durch welchen die veräußerte Sache wirklich in das Eigenthum des andern Contrahenten übergegangen ist, an Stelle des Exequendus gegen diesen andern Contrahenten anzustellen und von demselben die Auslieferung der Sache zum Behufe der Vollstreckung der Execution in dieselbe wegen seiner Judicatforderung zu verlangen. Alles dessen bedarf aber der Gläubiger, auf dessen Antrag eine im Besitze seines Schuldners gefundene Sache gepfändet worden ist, gegen den Intervenienten, welcher das Eigenthum dieser Sache vom Schuldner durch einen Kaufvertrag erlangt zu haben behauptet, zur Beseitigung dessen Anspruchs nicht, wenn der Kaufvertrag simulirt ist, seinem durch richterliche Executionsvollstreckung vermittelten Eingriffe in das im Besitze des Schuldners gefundene Eigenthum desselben also nur ein Trugbild, welches als ein Trugbild aufzudecken ihm gelingt, entgegengestellt wird. Darum hat man auch bei Abfassung der alten Concurs-Ordnung §§. 48. bis 57. und des früheren Gesetzes vom 26. April 1835 über Verträge zahlungsunfähiger Schuldner sich nicht veranlaßt gefunden, über simulirte Verträge zu Gunsten der Gläubiger Etwas vorzusehen, vielmehr in Betreff derselben es nur bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen belassen, wonach das wahre Eigenthum des Concursi-

Digitized by Google

lex oder Exequendus an den in seinem Besitz gefundenen, in Beschlag genommenen resp. gepfändeten Sachen gegen den Schein von der Gläubigerschaft resp. von dem Executionssucher gerade so, wie von dem Eigenthümer und Schuldner selbst, vertheidigt werden kann.

In die neue Concurs-Ordnung §. 103. und in das neue Gesetz betreffend die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Concurses, vom 9. Mai 1855 §. 7. ist nun allerdings die Bestimmung aufgenommen worden:

Ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum unterliegen der Anfechtung:

1) alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht vorgenommen hat, sie nur zum Schein vorzunehmen oder die Gläubiger auf andere Weise zu bevortheilen.

Man hat hieraus herleiten wollen, daß diese neueren Gesetze, wie sie in anderen Beziehungen die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner erweitern, in Beziehung auf die Simulation den Gläubigern alle Legitimation, einen von ihrem Schuldner mit einem Dritten geschlossenen Vertrag wegen der Simulation nicht gelten zu lassen, genommen haben, wenn nicht die Voraussetzungen dieser Gesetze, vor allen Dingen also Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners, vorhanden seien. Die besonderen Bestimmungen, welche in den §§. 9. 12. Absatz 3. und 13. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 und in den §§. 106. Absatz 2. und 107. der Concurs-Ord. für das nur zum Schein Vorgenommene ein Anderes vorsehen, als für die meisten anderen Fälle der gestatteten Anfechtung, könnten vielleicht zur Unterstützung dieser Ansicht herangezogen werden. Es kann aber nur zugegeben werden,

Digitized by Google

daß allerdings auf Grund dieser Gesetze, die Gläubiger Rechtshandlungen des Schuldners, welche nach ihrer Behauptung nur zum Scheine vorgenommen worden sind, nur dann, wenn die Voraussetzungen dieser Gesetze, vor allen Dingen also Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners, vorhanden sind, anfechten können. Was sie schon nach allgemeinen Grundsätzen vermöge ihrer Rechtsstellung zu ihrem Schuldner gegen einen Dritten, der von Diesem dessen Eigenthum erworben zu haben behauptet, geltend machen können, mag ihr Schuldner zahlungsfähig oder zahlungsunfähig sein, das in gleicher Weise geltend zu machen, ist ihnen durch diese für den Fall der Zahlungsunfähigkeit ihnen eine besondere Ermächtigung gebenden Gesetze nicht genommen worden. Diese besonderen Gesetze behalten im Rechtssysteme im Ganzen dieselbe Stellung, welche die Bestimmungen der alten Concurs-Ordnung a. a. O. und des Gesetzes vom 26. April 1835 hatten, nämlich die:

daß sie nur den Gläubigern eines zahlungsunfähigen Schuldners, nicht diesem selbst, ein Recht zur Rescission gewisser Rechtshandlungen desselben geben.

Nehmen sie nun unter die aufgezählten Fälle auch einen Fall auf, wo schon der Schuldner selbst, er mag zahlungsfähig sein oder nicht, gegen die Rechtshandlung, weil sie nicht in Wahrheit sondern nur zum Schein geschlossen worden, nicht gerade deren Rescission durchführen, sondern vielmehr geltend machen kann, daß sie rechtlich nie existirt hat, und wo eben darum auch die Gläubiger schon an Stelle ihres Schuldners dies geltend machen können, so mag man darüber streiten, in wie weit dies nöthig und der eigentlichen Aufgabe dieser Gesetze entsprechend gewesen sei. Nicht aber darf das dazu führen, daraus zu folgern, daß dadurch ein völlig außerhalb der Sphäre dieser Rescissionsgesetze liegendes, für Exe-

Digitized by Google

cutions-Vollstreckungen unentbehrliches Recht eines executionssuchenden Gläubigers, nämlich das Recht, einem ihm mit einem vom Exequendus angeblich geschlossenen Vertrage entgegentretenden Intervenienten gegenüber nachzuweisen, daß dieser Vertrag nicht in Wahrheit geschlossen sei, habe genommen werden sollen.

Es kann daher, wenn der §. 7. Nr. 1. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 auch die vom Schuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht, sie nur zum Schein vorzunehmen, vorgenommenen Rechtshandlungen aufführt, dahin gestellt bleiben, ob diese dem anderen Theile nur bekannte „Absicht" des einen Theils ganz mit dem zusammenfällt, was nach §§. 52. bis 54. Tit. 4. und §. 1. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. zum Begriffe eines simulirten Vertrages gehört, nämlich wirkliche Verabredung, daß der Vertrag nur zum Scheine geschlossen werde. Auch wenn man dies annimmt, bleibt übrigens die Aufnahme dieses Falles in den §. 7. dieses Gesetzes immer noch von der großen Bedeutung: daß den Gläubigern, welche bei vorhandener Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners einen Vertrag wegen des nur beabsichtigten Scheins anfechten, die im §. 17. des Gesetzes angeordnete Erleichterung der Beweisführung zu Statten kommt, auf welche der Contrahent selbst, welcher einen von ihm geschlossenen Vertrag wegen Simulation anficht, nicht weiter, als schon in der Vorschrift des §. 55. Tit. 4. Thl. I. A. L. R. begründet ist, Anspruch hat, und eben deshalb auch nicht der, lediglich auf das wahre Rechtsverhältniß dieses Contrahenten, nicht zugleich auf dessen Vermögensunzulänglichkeit sich gründende, anfechtende Gläubiger.

Diesen §. 17. hat darum allerdings das Kreisgericht zu Siegen, welches die Vermögens-Unzulänglichkeit des Schuldners St. nicht festgestellt (freilich vielleicht vorausgesetzt) hat,

Digitized by Google

ohne genügende thatsächliche Grundlage angewendet. Der Appellations-Richter aber hat, indem er annimmt, daß Verklagter, weil eine Vermögens-Unzulänglichkeit des St. nicht behauptet worden, überhaupt kein Recht habe, die Untersuchung, ob die fraglichen Verträge nur zum Scheine abgeschlossen seien, zu verlangen, und daß hierauf nicht einzugehen sei, so lange andere Executions-Gegenstände, wie hier angenommen werden müsse, vorhanden seien, den §. 2. in Verbindung mit §. 7. Nr. 1. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 durch unrichtige Anwendung, und den §. 52. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. durch noch nicht gerechtfertigte Nichtanwendung verletzt, ganz abgesehen davon, daß die Behauptung, es seien noch andere Executions-Gegenstände vorhanden, gar nicht aufgestellt, Verklagter also darüber nicht gehört worden ist, so daß diese Annahme einen Verstoß nach Art. 3. Nr. 1. der Declaration vom 6. April 1839 enthält. Wegen der gedachten Rechtsverletzung muß das Appellations-Erkenntniß vernichtet werden.

In der Hauptsache kommt es, da nach dem Vorstehenden bei nicht feststehender Vermögens-Unzulänglichkeit des St. der vom Richter erster Instanz eingeschlagene Weg, nach Anleitung des §. 17. des Gesetzes vom 9. Mai 1855 die behauptete Simulation für begründet zu erachten und dadurch das Eingehen auf die näheren Behauptungen der Klage und der Klagebeantwortung abzuschneiden, unrichtig ist, auf die weitere Verhandlung hierüber an, zu welchem Behufe, unter Aufhebung des Erkenntnisses erster Instanz, die Sache in die erste Instanz zurückzuweisen war.

Digitized by Google

№ 2.

Vertragsmäßig beschränktes Eigenthum.

Ist bei der Veräußerung eines Grundstücks die vertragsmäßige Stipulation zulässig,

daß der Käufer dasselbe nicht ohne Zustimmung seiner Ehefrau mit Schulden oder sonst belasten, noch es ganz oder theilweise ohne deren Genehmigung veräußern solle,

oder erscheint eine derartige Vereinbarung wirkungslos?

A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §§. 58 ff. §. 83.

Durch den gerichtlichen Vertrag vom 12. Januar 1849 verkaufte der Bauer R. an seinen Schwiegersohn K. die Bauernahrung Nr. 22. zu G. für 340 Thlr. und ein dem Verkäufer und seiner Ehefrau zu gewährendes Ausgedinge. Von den Kaufgeldern überwies der Verkäufer 250 Thlr. seinen sechs Kindern als väterliche Abfindung, darunter 40 Thlr. für die Ehefrau des Käufers. Die §§. 4. und 5. des Vertrages enthalten außerdem Stipulationen zu Gunsten der Kinder des Verkäufers. Im §. 8. ist für das rückständige Kaufgeld und die sonstigen Verbindlichkeiten des Käufers Hypothek bestellt. Auch heißt es — und um diese Stipulation handelt es sich wesentlich — im §. 7. des Contractes wörtlich:

Ohne Zustimmung seiner Ehefrau Johanne Caroline geborenen R. soll Käufer die erkaufte Nahrung weder mit Schulden oder anderen bleibenden Lasten belegen, noch ganz oder theilweise veräußern und auf Andere übertragen können.

Digitized by Google

Es ist diese Bestimmung in das Hypothekenbuch eingetragen worden.

Der jetzige Verklagte, Kaufmann Oc., hat, ungeachtet derselben, eine ihm gegen den K. zustehende Forderung von 67 Thlr. 8 Sgr. 6 Pf. nebst Zinsen und Kosten im Executionswege auf die Bauernahrung eintragen lassen, auch ein Subhastations-Mandat nachgesucht. Die Ehefrau des Käufers, welche zur Zeit des Kaufes noch minderjährig war, inzwischen aber die Großjährigkeit erreicht hat, hält ihn dazu um so weniger für berechtigt, als er vor der Entstehung seiner Forderung von der intabulirten Dispositions-Beschränkung Kenntniß gehabt habe. Sie beantragte:

den Verklagten für nicht befugt zu achten, sich ohne ihre Genehmigung wegen seiner Forderung an die Wirthschaft Nr. 22. zu G. zu halten, ihn auch zur Bewirkung der Löschung des Intabulats zu verurtheilen.

Auf den Widerspruch des Verklagten wiesen das Kreisgericht zu Guben und das Appellations-Gericht zu Frankfurt a/O. durch Erkenntnisse vom 22. Juli resp. 29. November 1864 die Klägerin ab. Das Letztere erachtete die Contracts-Bestimmung im §. 7. für wirkungslos.

Auf die von der Klägerin eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat der dritte Senat des Ober-Tribunals in der Sitzung vom 1. Mai 1865 das zweite Urtel vernichtet, das erste abgeändert und im Wesentlichen nach dem Klageantrage erkannt.

Gründe.

In der für die Klägerin eingereichten Nichtigkeits-Beschwerde wird behauptet, der Appellations-Richter habe

1) processualisch nach Art. 3. Nr. 1. der Declaration vom 6. April 1839 gefehlt,
2) die §§. 58 ff. 70. Tit. 5. Thl. I. A. L. R., sowie den

Digitized by Google

§. 4. des Edicts vom 9. October 1807 und den §. 6. des Cultur-Edicts vom 14. September 1811 verletzt,

3) die Natur und den wesentlichen Character des zu beurtheilenden Rechtsgeschäfts verkannt, auch den §. 83. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. und den Rechtsgrundsatz:

„Bei der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums bestimmt sich der Umfang der Rechte des neuen Erwerbers nach dem Inhalte des Titels, auf Grund dessen er erworben hat" —

verletzt und zugleich wiederholt gegen den §. 70. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. verstoßen, eventuell auch den §. 439. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. irrig angewandt.

Diese Vorwürfe erscheinen zum Theil begründet.

Der Appellations-Richter erkennt an, daß die Depositions-Beschränkung, welche der jetzigen Klage zum Grunde liegt, mit der der Klägerin zustehenden Hypothek von 40 Thlr. keinen Zusammenhang hat, also das Verbot des §. 439. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. den Klageanspruch nicht beseitigt.

Wenngleich er ferner ausführt, daß — von jener Hypothek abgesehen — der Klägerin keinerlei Rechte auf das ihrem Ehemanne gehörige Grundstück gebühren, der Vertrag daher, was die Dispositions-Beschränkung betrifft, für die Klägerin nutzlos sei, so stützt er seine Entscheidung doch keineswegs auf den §. 70. Tit. 5. Thl. I. A. L. R., erwähnt vielmehr, daß es an einem Antrage auf Aufhebung der Beschränkung von Seiten des dadurch Belasteten fehle. Den allein entscheidenden Grund findet der Appellations-Richter in den §§. 58 ff. Tit. 5. l. c. Er nimmt an, die Beschränkung sei ungültig, weil sie einen der Privatwillkühr entzogenen Gegenstand berühre. Ihr Sinn sei der, dem Ehemanne der Klägerin die ihm gesetzlich zustehende Disposition über sein Vermögen in Betreff des Bauergutes zu entziehen. Solche Ein-

Digitized by Google

schränkungen ohne Bezug auf materielle Rechte Dritter seien Gegenstand des öffentlichen Rechts, nicht der Privatwillkühr. Es sei unzulässig, durch Vertrag eine Art Vormundschaft, die Einschränkung der freien Disposition, einzuführen, und zwar auch in Betreff einzelner Vermögensstücke.

Aus dieser Darstellung ergiebt sich, daß die Nichtigkeits-Beschwerde eine hinfällige ist, soweit sie sich auf die processualische Rüge einer Suppeditirung stützt. Denn daß die Vertragsabrede eine nutzlose sei, worin die Suppeditirung liegen soll, ist für den Vorderrichter nicht entscheidend gewesen. Im Uebrigen fiel die Beurtheilung der Frage, ob die Dispositionsbeschränkung innerhalb der Berechtigung der Privatwillkühr gelegen hat, unzweifelhaft der richterlichen Competenz und Pflicht zur Prüfung des Klagefundaments anheim.

Erledigt sich mithin der erste Beschwerdepunkt und können ferner die beiden anderen, soweit sie die Verletzung des §. 70. Tit. 5. und des §. 439. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. zum Gegenstande haben, nicht von Erfolg sein, weil die Vorentscheidung in diesen Vorschriften ihre Rechtfertigung nicht erhalten hat, so erscheinen doch die übrigen Rügen materieller Gesetzesverletzungen begründet.

Der Ehemann der Klägerin hat die Bauernahrung Nr. 22. zu G. erst durch den Vertrag vom 12. Januar 1849 erworben. Nach dem §. 1. des letzteren hat er sie für 340 Thlr. und gegen Uebernahme der in den folgenden Paragraphen festgesetzten Verpflichtungen gekauft. Zu diesen gehört die Bestimmung des §. 7.,

> wonach er die Nahrung ohne Zustimmung seiner Ehefrau weder mit Schulden noch mit anderen bleibenden Lasten belegen, noch ganz oder theilweise veräußern und auf Andere übertragen kann.

Wenn der Appellations-Richter hierin eine Art Vormund-

Digitized by Google

schaft erblickt, welche den Zweck gehabt, dem Ehemann der Klägerin die ihm gesetzlich gebührende Disposition über sein Vermögen zu entziehen und welche insofern der Privatwillkühr nicht unterworfen gewesen sei, so verkennt er die Natur und den wesentlichen Charakter des der Beurtheilung unterliegenden Rechtsgeschäfts als Eigenthums-Erwerbactes (Nr. 9. der Ministerial-Instruction vom 7. April 1839).

Denn vor Abschluß des Vertrages vom 12. Januar 1849 gehörte die Nahrung nicht zu dem Vermögen des Ehemannes der Klägerin. Ihm stand daher gesetzlich eine Disposition darüber nicht zu. Der Vertrag bildete erst den Erwerbstitel. Indem dem Käufer zwar das Eigenthum der Nahrung, jedoch nur ein beschränktes übertragen ist, und indem ihm die Ausübung gewisser Eigenthumsrechte nur mit Genehmigung seiner Ehefrau gestattet wurde (§§. 9. 21. 23. 25. Tit. 8. Thl. I. A. L. R.) konnte er, was der Appellations-Richter unter Verletzung des §. 83. Tit. 5. Thl. I. A. L. R. und des von der Implorantin angeführten Rechtsgrundsatzes übersieht — größere, als die ihm übertragenen Eigenthumsrechte nicht erwerben. Die Vorschriften von Verträgen über Sachen, welche dem Verkehre entzogen werden (§. 58. sq. l. c.), auf welche der Vorderrichter die Unzulässigkeit der Eigenthumsbeschränkung ausschließlich gründet, verletzt er ebenfalls, da sie im vorliegenden Falle nur dann anwendbar sein würden, wenn das Bauergut, welches Gegenstand des Kaufcontractes vom 12. Januar 1849 war, dem Verkehre entzogen gewesen wäre, was der Appellations-Richter weder behauptet, noch nach Maaßgabe der §§. 14. und folgd. Tit. 4. Thl. I. A. L. R. festgestellt hat. Was der Richter aus dem §. 4. des Edicts vom 9. October 1807, dem §. 6. des Cultur-Edicts vom 14. September 1811 und dem Inhalte des §. 439. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. entwickelt hat,

Digitized by Google

besteht lediglich in Nebenerwägungen. Wollte man in ihnen ein entscheidendes Motiv finden, so würden auch diese Vorschriften als verletzt erscheinen, da sie für einen Schluß auf die Rechte und Pflichten eines Käufers, welcher nur ein eingeschränktes Eigenthum erworben hat, durchaus ungeeignet sind, nach dem unstreitigen Thatbestande die Dispositionsbeschränkung überdies keineswegs in einem Verbote jeder Parcellirung der Nahrung und jeder Veräußerung derselben im Ganzen, sondern nur darin besteht, daß zu derartigen Rechtsacten, sowie zur Verschuldung des Bauergutes außer dem Willen des Käufers noch die Zustimmung seiner Ehefrau nöthig sein soll.

Das Vorerkenntniß unterliegt deshalb der Vernichtung.

In der Sache selbst ist der Klageantrag, was die allein streitige Veranlassung der Klage, nämlich die hypothekarische Eintragung der Forderung des Verklagten und die von ihm nachgesuchte Subhastation des Bauerguts betrifft, begründet.

Der Vertrag vom 12. Januar 1849 ist ein Kauf- und Gutsüberlassungsvertrag, in welchem der Vater der Klägerin, welche damals noch minorenn war, für seine sechs Kinder sogenannte väterliche Abfindungen und mancherlei andere Berechtigungen sich hat versprechen lassen. Ist der Vertrag auch nicht mit einem leiblichen Kinde, sondern mit seinem Schwiegersohne abgeschlossen, so ist doch für diesen Fall die Voraussetzung des Plenarbeschlusses vom 25. August 1846 (Entscheid. Bd. 14. S. 68. sq.) ebenfalls zutreffend, daß der Verkäufer seine Kinder vertreten habe und daß diese unmittelbar aus dem Vertrage Rechte erworben haben (§. 87. Tit. 5. Thl. I. A. L. R.). Dasselbe gilt von der zu Gunsten der Klägerin im §. 7. des Contractes getroffenen sehr wesentlichen Dispositionsbeschränkung, welche es in deren Macht legte, Verschuldungen und Belastungen, sowie Ver-

Digitized by Google

äußerungen des Bauerguts durch Versagung ihres Consenses zu verhindern und dadurch die Erhaltung der Nahrung in ihrem Interesse und in demjenigen ihrer Kinder zu wahren. Das Gut sollte der Familie verbleiben. Die Erreichung dieses Zweckes hat die Dispositionsbeschränkung zum Ziele. Wenngleich daher die Klägerin persönlich an dem Contractsabschlusse nicht Theil nahm, so zerfällt doch der ihr entgegengesetzte Einwand fehlender Sachlegitimation. Ob sie durch concludente Handlungen mit Zustimmung der Hauptcontrahenten dem Contracte beigetreten sei, wie die Klägerin behauptet, darf also dahin gestellt bleiben.

Die fernere Einrede des Verklagten, daß die Dispositionsbeschränkung sich auf executive Maaßregeln gegen den Ehemann der Klägerin nicht erstrecke, ist nicht minder unrichtig. Denn für die Anwendbarkeit der §§. 378. und 380. Tit. 1. Thl. II. A. L. R. und des sie erläuternden Präjudices Nr. 803 (Samml. I. S. 144.), woraus der Verklagte für seine Ansicht den Beweis schöpft, fehlt die thatsächliche Voraussetzung, die eheliche Gütergemeinschaft. An sich aber können die Gläubiger des Ehemannes der Klägerin auf das Bauergut nicht größere Rechte geltend machen, als ihm selbst gebühren. Da die Beschränkung im Hypothekenbuche eingetragen ist, so steht sie dem Verklagten auch entgegen, selbst wenn er davon keine Kenntniß gehabt haben sollte. — §§. 14—19. Tit. 4. Thl. I. A. L. R. — Daß sie der Klägerin nutzlos sei, oder daß sie dem Gesetze widerspreche und deshalb hinfällig sei, ist von dem Verklagten nicht einmal eingewandt und nicht anzunehmen. Die Nützlichkeit folgt schon allein daraus, daß die Nahrung ohne Zustimmung der Klägerin und auf den Antrag persönlicher Gläubiger ihres Ehemannes nicht veräußert resp. subhastirt werden darf. Ob sie Gegenstand einer Sequestration sein kann und in wiefern sie für

Digitized by Google

das Erbrecht der Klägerin von Erheblichkeit ist, steht nicht in Frage und darf deshalb auf sich beruhen.

Die Regel des §. 439. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. hat hier keine Bedeutung. Dem Princip nach endlich sind ähnliche Dispositionsbeschränkungen bei Gelegenheit letztwilliger Verfügungen vom Gesetz ausdrücklich als zulässig anerkannt. — §§. 534. 535. Tit. 12. Thl. I., §§. 419—431. Tit. 2. Thl. II. A. L. R. — Wenn dieselben sogar — unter gewissen Voraussetzungen — bei Hinterlassung desjenigen, was Pflichttheilsberechtigte zu beanspruchen haben, statthaft sind, so leidet ihre Anwendbarkeit bei Geschäften unter Lebendigen zu Gunsten einer bestimmten Person nicht das mindeste Bedenken. Die neuere Gesetzgebung verlangt bei erblicher Ueberlassung eines Grundstücks zwar die Uebertragung des vollen Eigenthums, schließt jedoch Dispositionsbeschränkungen nicht aus. Selbst der Erbzinsmann und der Erbpächter, obwohl sie das volle Eigenthum erlangt haben, sind dadurch nicht aller durch Vertrag begründeten Dispositionsbeschränkungen unbedingt ledig geworden. (Gesetz betreffend die Ablösung der Reallasten ꝛc. vom 2. März 1850, §. 91. und Archiv für Rechtsfälle Bd. 26. S. 51., Bd. 53. S. 85.) Das erste Urtel, welches die Klägerin für nicht legitimirt und die Dispositionsbeschränkung als nutzlos für die Klägerin mit Hülfe einer Analogie aus §. 439. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. verworfen hat, ist auf die Appellation der Klägerin abzuändern und nach dem Klageantrage zu erkennen.

Digitized by Google

№ 3.

Belohnung für Vermittelung des Verkaufs einer Hypothek.

Ist die Kaiserliche Sanction vom 26. November 1704 de mercede proxenetica, noch als für Schlesien geltendes Provinzialgesetz anzusehen?

Publications-Patent vom 5. Februar 1794. Art. I. II. XVIII.

A. L. R. Einl. §. 87., Thl. I. Tit. 3. §. 35., Tit. 4. §§. 5—8., Tit. 5. §§. 39. 68. 270.

Einführungs-Gesetz zum Strafgesetz-Buche vom 14. April 1851 Art. II.

Entscheidung der Gesetz-Commission vom 26. März 1793.

Durch Schriftstück vom 21. Mai 1862 beauftragte der Verklagte, Gutsbesitzer S. zu L., den Commissionair O. zu Breslau ihm einen Käufer auf das Hypotheken-Instrument von 6000 Thlr., haftend auf seinem Freigute M. F. für den Müller Sch., nachzuweisen, und versprach ihm, sobald der Verkauf der Hypothek vollzogen worden, für dessen Nachweis eine freiwillige Gratification von 200 Thlr. Die Hypothek ist an die Handlung P. Nachfolger cedirt.

Kläger behauptet, mit Zuziehung des Kaufmannes S., jenen Cessionar ermittelt und nachgewiesen zu haben. Von der Belohnung klagte er im Vorprocesse 60 Thlr. ein und es sind ihm dieselben auch nach Abzug einer Gegenforderung von 2 Thlr. 20 Sgr. 6 Pf. mit 57 Thlr. 9 Sgr. 6 Pf. rechtskräftig zuerkannt.

In dem jetzigen Processe verlangt er den Rest von

Digitized by Google

140 Thlr. mit fünf Procent Zinsen seit der Klagebehändigung, ist aber in beiden Instanzen abgewiesen. Die Abweisung des ersten Richters beruht wesentlich darauf, daß der Kläger nicht nachgewiesen, daß er den Cessionar ermittelt habe. Die Entscheidung des Appellations-Richters stützt sich dagegen auf das Schlesische Provinzial-Recht, wonach mehr als ein Procent Proxeneticum nicht gefordert werden dürfe. Der Appellations-Richter führt nämlich aus:

„Es muß zwar dem ersten Richter darin beigetreten werden, daß weder der Art. 82. des Allg. Deutschen Handels-Gesetzbuchs, noch die §§. 76. Thl. I. Tit. 13. und 1379 ff. Thl. II. Tit. 8. des A. L. R. auf den vorliegenden Fall Anwendung finden, und zwar der Art. 82. a. a. O. deshalb nicht, weil abgesehen davon, daß das von den Parteien vertragsmäßig verabredete Geschäft kein Handelsgeschäft ist, der Art. 82. a. a. O. sich nur auf die amtlich bestellten Handelsmäkler bezieht, zu denen der Kläger erweislich nicht gehört, der §. 76. Thl. I. Tit. 13. des A. L. R. aber deshalb nicht, weil derselbe ein Verbotsgesetz enthält, mithin stricte interpretirt werden muß, und erweislich es sich nicht darum gehandelt hat, daß Verklagter Valuta auf ein bereits hypothekarisch versichertes Darlehn erhalten, sondern daß für ein bereits realisirtes Darlehnsgeschäft ein Käufer der Hypothek ermittelt werden sollte, die §§. 1379 ff. Thl. II. Tit. 8. des A. L. R. aber endlich darum nicht, weil über das Mäklerlohn für das Verschaffen eines Darlehns ein noch gültiges schlesisches Provinzialgesetz, die kaiserliche Sanction vom 26. November 1704, existirt, nach welchem mit Ausschluß der eigentlichen Mäkler, auf welche dieselbe sich nicht bezieht, den Nichtmäklern nicht mehr als ein Procent pro mercede proxenetica zu nehmen gestaltet ist.

(cfr. Wentzel, das jetzt bestehende Provinzialrecht des

Digitized by Google

Herzogthums Schlesien S. 145., Stielow das Provinzial-Recht von Nieder-Schlesien S. 504. und Merkels Commentar zum Allg. Landrecht Thl. II. S. 468.).

Dagegen kann dem ersten Richter darin nicht beigetreten werden, daß diese kaiserliche Sanction vom 26. November 1704 (abgedruckt in Brachvogels Sammlung kaiserlicher Privilegia ꝛc. Tom. I. pag. 328. und Suarez Sammlung alter und neuer Schlesischer Provinzial-Gesetze Tom. I. S. 101.) sich lediglich auf das Verschaffen eines Darlehns bezieht, vielmehr findet sie auch auf den Fall des Verschaffens eines Käufers für eine bereits zur Existenz gelangte hypothekarisch eingetragene Forderung Anwendung. Denn dieses kaiserliche Patent de mercede proxenetica d. d. Wien den 26. November 1704 bestimmt, soweit dessen Inhalt hierher gehört, wörtlich:

Wir wollen nun eure Liebden und euch gnädigst nicht verhalten, was gestalten wir glaubwürdig, vernommen, sammt allerhand unterhandlere Christen und Juden befindlich sein sollten, die da die Creditores zur Aufkündigung ihrer Capitalien anzusetzen pflegten, und bei denen Debitoribus, welche sodann zur Abstattung derlei aufgekündigten Schulden sich um andere Mittel bewerben müssen, ihre theils eigene Baarschaft, die sie vor fremde zu simuliren pflegten, theils auch fremde durch die Unterhändler locirende Gelder anzubringen, wovon ihnen sehr überflüssige, das ordinari Interesse zu sechs Procent, öfters etlichemal übersteigende Discretionis gegeben werden müssen, welche der Debitor, wenn er anders nicht durch Execution zu Grunde gehen, sondern ihm selbst helfen will, bezahlen muß, andere Schulden aber, die da die Mittel ein so großes Palmarium zu bezahlen nicht haben, und mit dem Gelde zur Befriedigung ihrer Creditorum, wegen sothaner excessiven Eigennutzigkeit nicht aufkommen können, ent-

Digitized by Google

weder um Moratoria einzukommen, oder sich exequiren und ruiniren zu lassen, benöthigt werden, bei welcher Gelegenheit denn derlei Leute einen übermäßig ungewissenhaften Gewinn hätten, da sie neben der großen Discretion zugleich auch noch das ordinari Interesse genießten.

Sodann heißt es weiter:

Wenn wir nun dieses eine höchst Landes verderbliche Sache zu sein gnädigst befinden, daß die Unterhändler und Geldeszubringer, ein so übermäßiges für ihre Sensane nehmen, mithin, was sie wider die ergangenen Wucher-Patenten ꝛc. ꝛc. nicht können, durch übermäßigen mercedis Proxeneticae denen mutuantibus mit höchstem Nachtheil des nothleidenden Schuldners indirekte zuschiben, und unsere heilsamen Gesetze illudiren. Allermaßen nun derlei Fraudibus in alle Wege vorzubigen; Als statuiren und verordnen Wir gnädigst hiermit, daß hinfüro bedeuten Zubringern, es wäre derselben bei einem Handel nur einer oder mehr, pro mercede Proxenetica ein mehres nicht als ein pro Cent zu nehmen, gestattet sein solle, wobei wir jedoch den Wechsel- und Handels-Brauch, bei welchem es vor wie nach zur Erhaltung des Trassici zu lassen, ausgenommen haben wollen.

Hiernach ist aber ausdrücklich bestimmt, daß nicht blos derjenige, welcher ein Darlehn verschafft, sondern daß alle Nichtmäkler, welche sich mit Besorgung von Geldgeschäften für dritte Personen befassen und namentlich auch diejenigen, welche den Schuldnern aufgekündigte Capitalien, einen Käufer zu der aufgekündigten Schuld verschaffen, nie mehr als ein Procent als proxeneticum verlangen dürfen. Nach dem eigenen Vortrage des Klägers war er von dem Verklagten beauftragt, für die auf dessen ehemaligem Gute F. für den Mühlenbesitzer Sch. haftende Hypothek von 6000 Thlr. einen

Digitized by Google

Käufer nachzuweisen, der ihm ertheilte Auftrag gehörte also zu denjenigen Geldgeschäften, für deren Ausrichtung das allegirte kaiserliche Patent die Annahme von mehr als ein Procent als Mäklerlohn allen Nichtmäklern verbietet. Kläger, welcher zu den letzteren Personen gehört, durfte sich daher für seine Bemühungen mehr als ein Procent für die Ausrichtung des ihm ertheilten Auftrages gar nicht stipuliren lassen, und wenngleich mit der inzwischen veränderten Strafgesetzgebung die Strafen, welche die kaiserliche Sanction vom 26. November 1704 verhängt, weggefallen sind, so hat doch die Ueberschreitung der Privatrechtsnormen derselben Seitens des Klägers die Folge, daß er denjenigen Betrag, den er sich über ein Procent hat stipuliren lassen, vom Verklagten nicht verlangen kann, und daß, da er geständlich gegen den Verklagten das Mäklerlohn von einem Procent mit 60 Thlr. bei dem Kreisgericht zu Reichenbach eingeklagt und unbestritten nach rechtskräftig erfolgter Verurtheilung des Verklagten, nach Abrechnung einer Gegenforderung in Höhe von 57 Thlr. 9 Sgr. 6 Pf. erhalten hat, er mit seiner in diesem Processe geltend gemachten Mehrforderung abgewiesen, das erste Erkenntniß somit bestätigt werden mußte.

Deshalb bedurfte es auch keiner weiteren Beweisaufnahme, die sonst allerdings erforderlich gewesen wäre, weil, worin dem ersten Richter beizutreten ist, nach dem Resultate der in erster Instanz stattgefundenen Beweisaufnahme, der Kläger den Nachweis nicht geführt hat, daß er diejenige Bedingung erfüllt hat, für welche ihm in dem Vertrage vom 21. Mai 1862 eine Belohnung von 200 Thlr. von dem Verklagten stipulirt worden ist."

Implorant rügt Verletzung des Rechtsgrundsatzes:

daß auch in Schlesien für die Nachweisung des Käufers einer

Digitized by Google

Hypothek mehr als ein Procent des Capitals gültig versprochen werden kann,

sowie der Verordnung vom 26. November 1704, der Art. I. II. und XVIII. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794, §. 87. der Einleitung, §. 35. Thl. I. Tit. 3., §§. 5. bis 8. Thl. I. Tit. 4. und §§. 39. 68. 270. Thl. I. Tit. 5. A. L. R., Art. II. des Einführungsgesetzes zum Strafgesetz-Buche vom 14. April 1851 und der bestätigten Entscheidung der Gesetz-Commission vom 26. März 1793 mit der Ausführung, daß die Forderung von mehr als ein Procent Proxeneticum gerechtfertigt sei, und dem Antrage, das zweite Urtel zu vernichten und den Verklagten nach dem Klageantrage zu verurtheilen.

Die Nichtigkeits-Beschwerde ist durch das Urtel des vierten Senats des Ober-Tribunals vom 20. December 1864 zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Das Appellations-Erkenntniß weist den Kläger mit dem Anspruche auf eine den Betrag von einem Procent übersteigende Belohnung für den Verkauf einer Hypothek um deshalb ab, weil die in der Provinz Schlesien als Provinzialgesetz geltende kaiserliche Sanction vom 26. November 1704 de mercede proxenetica nicht gestattet, mehr als ein Procent proxeneticum zu fordern.

Die Nichtigkeits-Beschwerde rügt dagegen Verletzung des Rechtsgrundsatzes:

daß auch in Schlesien für die Nachweisung des Käufers einer Hypothek mehr als ein Procent des Capitals gültig versprochen werden kann,

sowie Verletzung der oben bereits angeführten gesetzlichen Vorschriften.

Auf die hierunter mit genannte Entscheidung der Gesetz-

Digitized by Google

Commission vom 26. März 1793 kann sich Implorant jedoch nicht stützen, da sie gar nicht die hier fragliche Verordnung vom 26. November 1704, sondern andere Mäklerordnungen und nur die Belohnung für die Vermittelung von Gutskäufen betrifft; ebenso hat die Entscheidung des Ober-Tribunals vom 3. April 1828 (Simon und v. Strampff Rechtssprüche Bd. 2. S. 139.) nur diese Art der Belohnungen zum Gegenstande. Auch die ebenfalls vom Implorauten in Bezug genommene Entscheidung des Ober-Tribunals vom 23. Januar 1862 (Entscheid. Bd. 47. S. 58.) bezieht sich nur auf Belohnungen für Vermittelung eines Gutsverkaufs und auf die Frage, ob der Anspruch auf eine solche Belohnung davon abhängig sei, daß dem Commissionair die polizeiliche Erlaubniß zum gewerbmäßigen Betriebe der Geschäftsvermittelung ertheilt sei.

Was nun die Verordnung vom 26. November 1704 anbelangt, so ist sie unzweifelhaft für Schlesien geltendes Provinzialgesetz, (Wentzel, Schlesisches Provinzial-Recht Bd. 1. S. 9. 145.); sie bezieht sich auch keineswegs lediglich nur auf das Verschaffen von Darlehnen, sondern ausdrücklich auch auf Fälle der vorliegenden Art. Sie ist, wie die in der Verordnung selbst angegebene Veranlassung ihres Erlasses und der Text, so wie derselbe in dem Appellations-Erkenntnisse wörtlich aufgeführt ist, unzweideutig ergeben, dagegen gerichtet, daß Personen, welche Geld suchen, sei es direct als Darlehne, oder gegen Veräußerung ihrer Mittel (Activa), hierbei nicht den ungemessenen Forderungen der Vermittler ausgesetzt sein sollen. Es ist darauf hingewiesen, daß dergleichen Unterhändler nicht selten ihre eigene Baarschaft, die sie vor Fremden zu simuliren pflegten, unterbringen, auch durch übermäßiges Proxeneticum den Darleihern wider die ergangenen Wucherpatente höhere Procente indirect zuschieben.

Digitized by Google

Um allen solchen fraudibus in allen Wegen vorzubeugen, wird dann ganz allgemein verordnet, daß hinfüro den Zubringern ein Mehreres nicht als ein Procent zu nehmen gestattet sein solle, wobei Wechsel- und Handelsbrauch ausdrücklich ausgenommen werden.

Nach der thatsächlichen Feststellung des Appellations-Richters ging nun der Auftrag an den Kläger dahin:

für die auf dem Gute des Verklagten für den Müller Sch. haftende Hypothek von 6000 Thlr., einen Käufer zu verschaffen.

Auch sind die Parteien im Vorprocesse wegen der dort dem Kläger zuerkannten 60 Thlr. ebenso wie in dem gegenwärtigen darüber einverstanden, daß Sch. der Gläubiger war und die Cession an P. ertheilt hat.

Der Verklagte, als Schuldner der 6000 Thlr., befand sich also in der in dem allegirten kaiserlichen Patente vom 26. November 1704 vorausgesetzten Lage und es ist der Thatbestand dieses Gesetzes als vorhanden anzunehmen. Dieses für die Provinz Schlesien als Provinzialgesetz noch geltende Patent, die Art. I. II. und XVIII. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794, §. 87. der Einleitung zum Allg. Landrecht, wonach gesetzlich nicht verbotene Handlungen erlaubte genannt werden, der §. 35. Thl. I. Tit. 3. A. L. R., wonach aus unerlaubten Handlungen der Handelnde zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte überkommt, die Vorschrift der §§. 5—8. Thl. I. Tit. 4. l. c. über Sachen und Handlungen, welche Gegenstand der Willenserklärungen sein können und §§. 39. und 68. Thl. I. Tit. 5. l. c. über die Gegenstände eines Vertrages, sowie §. 270. ibid. über die Regel der Erfüllung der Verträge, sind daher nicht verletzt und der als Rechtsgrundsatz aufgestellte Satz kann als richtig nicht anerkannt werden.

Eben so wenig ist endlich aber auch Art. II. des Ein-

Digitized by Google

führungs-Gesetzes zum Strafgesetz-Buche vom 14. April 1851 verletzt, denn damit ist nur die in jenem Patente verordnete Strafe beseitigt, hier aber handelt es sich um den Umfang eines privatrechtlichen Anspruchs.

Die Nichtigkeits-Beschwerde war sonach zurückzuweisen.

№ 4.

Conventional-Strafe.

Geht, wenn der Gläubiger die Hauptforderung vor ihrer Fälligkeit abgetreten, dabei aber eine für die Innehaltung des künftigen Zahlungstermins vorbedungene Conventional-Strafe sich vorbehalten, dieselbe auch nach ihrer Verwirkung, ohne den Cessionar der Hauptforderung, eingeklagt hat, und nun der Letztere die Zahlung der Hauptforderung ohne Vorbehalt annimmt, hierdurch das Recht auf die Conventional-Strafe verloren?

A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §§. 306—309.

Aus dem Kaufvertrage vom 31. Mai 1854 hatte der Käufer M. S. am 2. Januar 1856 dem Verkäufer v. E. eine Kaufgelder-Rate von 90,622 Thlr. 8 Sgr. 6 Pf. zu zahlen und sich zu einer Conventional-Strafe von 10,000 Thlr. verpflichtet, wenn er die fällige Zahlung nicht binnen spätestens vierzehn Tagen nach erfolgter schriftlicher Aufforderung leisten sollte. v. E. hatte die Hauptforderung noch vor deren Verfalltage der Cöllnischen Lebensversicherungs-Gesellschaft Concordia cedirt, sich aber hierbei die für den Fall ihrer nicht pünktlichen Zahlung vorbedungene Conventional-Strafe vorbehalten. Er sowohl als die Concordia forderten nach

Digitized by Google

dem 2. Januar 1856 den M. S. zur Zahlung der Hauptforderung auf, diese erfolgte aber nicht. Gleichzeitig und durch denselben Mandatar klagten nun die Concordia die Hauptforderung, und v. E. die Conventional-Strafe ein, erstritten auch in zwei Instanzen obsiegliche Erkenntnisse. Nur der Proceß wegen der Conventional-Strafe kam in die dritte Instanz, in welcher das Ober-Tribunal mittelst Erkenntnisses vom 11. December 1857 und 19. Februar 1858 das Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Hamm vom 13. Juni 1857 vernichtete, weil v. E. zur Einklagung der Conventional-Strafe ohne Beitritt der Concordia nicht legitimirt sei, und den v. E. mit der Klage auf Entrichtung der Conventional-Strafe angebrachtermaaßen abwies.

Die vollständigen Gründe dieses Erkenntnisses vom 11. December 1857 und 19. Februar 1858 (nicht 1. Februar 1858) sind in den Entscheidungen Band 38. S. 35—39. abgedruckt.

Während dieser Prozeß über die Conventional-Strafe in zweiter Instanz schwebte, zahlte M. S. am 26. März 1857 die Hauptforderung an die Concordia, und Tags darauf die Conventional-Strafe von 10,000 Thlr nebst Zinsen an den v. E.; die Conventionalstrafe mit Zinsen aber mit dem ausdrücklichen Vorbehalte der Rückerstattung, wenn der Posten nicht für justificirt werde erachtet werden. Auf Grund dieses Vorbehalts forderte M. S., nachdem er das Ober-Tribunals-Erkenntniß vom 11. December 1857 und 19. Februar 1858 erstritten hatte, die gezahlten 10,000 Thlr. nebst Zinsen von dem v. E. zurück, wurde mit seiner Klage zwar in zwei Instanzen abgewiesen, erstritt aber das obsiegliche Ober-Tribunals-Erkenntniß vom 9. Juli 1862 in Folge dessen dann v. E. ihm die 10,000 Thlr. nebst Zinsen zurückzahlte. Sowohl in den Gründen dieses als des früheren Erkennt-

Digitized by Google

nisses vom 11. December 1857 und 19. Februar 1858 war bemerkt worden, daß darüber, ob v. E. in Verbindung mit der Concordia die Conventional-Strafe einklagen könne, nicht entschieden werde.

Beide haben nun jetzt gemeinschaftlich die Conventional-Strafe von 10,000 Thlr. nebst Zinsen gegen den M. S. dahin, daß er sie an v. E. zahle, eingeklagt. Dieser hat neben der Behauptung, daß nach dem Inhalte der Cession der Hauptforderung ohne Mitcession der Conventional-Strafe und nach den ergangenen Vorerkenntnissen weder v. E. noch die Concordia die Conventional-Strafe fordern könnten, und daher auch Beide gemeinschaftlich hierzu nicht berechtigt seien, eingewendet, daß event. das Recht hierauf dadurch erloschen sei, daß die Concordia am 26. März 1857 die Hauptforderung angenommen hat, ohne in der Quittung über die Conventional-Strafe einen Vorbehalt zu machen.

Das Kreisgericht zu Bochum hat aber mittelst Erkenntnisses vom 8. März 1864 den Verklagten zur Zahlung der 10,000 Thlr. Conventional-Strafe nebst Zinsen verurtheilt, und das Appellations-Gericht zu Hamm dies am 11. November 1864 bestätigt und in den Gründen bemerkt, daß durch den von dem v. E. auf Zahlung der Conventional-Strafe längst vor dem 26. März 1857 angestellten Proceß und die, freilich noch nicht rechtskräftig, erfolgte Verurtheilung des Verklagten zur Zahlung der Conventional-Strafe, der Anspruch auf dieselbe zugleich für die Concordia in wirksamster Art damals bereits vorbehalten gewesen sei.

Auf die Nichtigkeits-Beschwerde des Verklagten hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 12. Juni 1865 das Appellations-Erkenntniß vernichtet und die Kläger mit ihrer Klage abgewiesen, aus folgenden

Digitized by Google

Gründen.

Das Ober-Tribunals-Erkenntniß vom 11. December 1857 und 19. Februar 1858 hat den jetzigen Mitkläger v. E. mit der damals von ihm allein erhobenen Klage auf Zahlung der jetzt von ihm und der Cölnischen Lebensversicherungs-Gesellschaft Concordia gemeinschaftlich eingeklagten Conventional-Strafe von 10,000 Thlr. allerdings nur angebrachtermaaßen, wegen mangelnder Activlegitimation, abgewiesen und nicht ausgesprochen,

daß dadurch, daß er die Hauptforderung der Concordia cedirt, die Conventional-Strafe aber sich vorbehalten habe, die Conventional-Strafe erloschen sei.

Indem es aber, unter Hinweisung auf die §§. 308. und 309. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R., auf der Ausführung beruht:

daß die Conventional-Strafe ein mit dem Hauptrechte genau zusammenhängendes und von demselben vor ihrer Verwirkung nicht trennbares Nebenrecht sei, das in Betreff seiner Klagbarkeit von dem Willen dessen abhänge, der das Hauptrecht habe, und wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung der Hauptverbindlichkeit sein Interesse fordern könne und wolle, in dieser seiner Eigenschaft als Eigenthümer des Hauptrechts aber ebenso berechtigt erscheine, ein geringeres Interesse zu fordern, — arg. §. 293. a. a. O. — als durch die seiner Seits ganz oder zum Theil ohne Vorbehalt erfolgende Annahme der verzögerten Erfüllung den Anspruch auf die Conventional-Strafe — arg. §. 307. ebendas. — ganz zu beseitigen,

hat die damalige rechtskräftige Abweisung des allein als Kläger aufgetretenen v. E. die Bedeutung:

daß dem Verklagten gegenüber er damit nicht mehr gehört werden kann, daß durch die vor Verwirkung der Conventional-Strafe von ihm, nur mit Vorbehalt der Conven-

Digitized by Google

tional-Strafe für sich, ertheilte Cession der Hauptforderung an die Concordia die Conventional-Strafe zu seinen Gunsten von der Hauptforderung abgetrennt worden sei, oder daß er darum, weil die sogenannte Cession keine wahre Cession, oder weil sie nicht zu Recht beständig sei, dem Verklagten gegenüber das berechtigte Subject der Conventional-Strafe geblieben sei.

Vielmehr steht zwischen dem v. E. und dem Verklagten rechtskräftig fest, daß die Conventional-Strafe ein von der, der Concordia wirklich cedirten Hauptforderung ungetrenntes Annexum derselben geblieben war, daß die Concordia allein als daran dem Verklagten gegenüber berechtigtes Subject nach Anleitung des §. 308. a. a. O. darüber zu bestimmen hatte, ob ihre Entrichtung überhaupt (etwas an v. E.) verlangt werden solle, und daß ebenso die Concordia allein Macht hatte, beim Empfange der erst nach Verwirkung der Conventional-Strafe erfolgenden Zahlung der Hauptforderung nach Anleitung des §. 307. entweder das Recht auf die Conventional-Strafe vorzubehalten, oder einen solchen Vorbehalt nicht zu machen, wodurch dann nach diesem §. 307. die Verpflichtung des Verklagten zur Entrichtung der Conventional-Strafe erlöschen mußte.

Die Concordia hat die ihr cedirte Hauptforderung am 26. März 1857 gezahlt erhalten und darüber ohne Vorbehalt quittirt. Es kommt nicht darauf an, ob sie bei dieser vorbehaltlosen Annahme die Absicht hatte dem Verklagten die Conventional-Strafe zu erlassen. Die bloße Thatsache der Annahme ohne Vorbehalt nimmt nach dem §. 307. das Recht, noch auf die Conventional-Strafe anzutragen.

Wer die verwirkte Conventional-Strafe, welche auf die Verzögerung der Erfüllung gesetzt war, einmal eingefordert oder gar bereits eingeklagt hat, braucht den dadurch in wirk-

Digitized by Google

samster Weise gemachten Vorbehalt allerdings bei Ausstellung der Quittung über die später erfolgende Zahlung der Haupt-Forderung nicht zu wiederholen. Es wird die Annahme dieser Zahlung durch die Nichtwiederholung des schon gemachten Vorbehalts nicht eine Annahme ohne Vorbehalt. (Vergl. Ober-Tribunals-Erkenntniß vom 24. October 1850 — Entscheid. Bd. 20. S. 91).

Da der v. E. die in Rede stehende Conventional-Strafe bereits im Jahre 1856 eingeklagt, auch schon ein noch nicht rechtskräftiges Erkenntniß gegen den Verklagten auf deren Zahlung vor dem 26. März 1857 erlangt hatte, (in Folge dessen der Verklagte am 27. März 1857 ihm die 10,000 Thlr. Conventional-Strafe wirklich mit Vorbehalt der Rückerstattung, wenn der Posten, nicht für justificirt werde erachtet werden, zahlte und später auf Grund dieses Vorbehalts in Folge des Ober-Tribunals-Erkenntnisses vom 9. Juli 1862 zurückerhalten hat,) so hatte allerdings der v. E. schon vor dem 26. März 1857 in wirksamster Weise die Conventional-Strafe vorbehalten. Dieser nur von ihm, nicht von der Concordia erklärte Vorbehalt ist aber nach der obigen Ausführung unerheblich. Wie sehr auch Beide, die Concordia bei Einklagung der Haupt-Forderung und bei deren Annahme am 26. März 1857 und der v. E. bei Einklagung der Conventional-Strafe und bei deren Annahme am 27. März 1857, Hand in Hand gegangen sein und mit gegenseitigem Einverständnisse gehandelt haben mögen, dem Verklagten gegenüber, gegen welchen so viel nach den Feststellungen der Vorderrichter und nach den Behauptungen in den Acten zu ersehen ist, die Concordia nie erklärt hat, daß sie die Conventional-Strafe sich oder dem v. E. vorbehalte, oder dem von diesem gemachten Vorbehalte beitrete, liegt ein von der Concordia gemachter Vorbehalt nicht vor, und es ist nicht richtig, wenn

Digitized by Google

der Appellations-Richter dem §. 307. die Anwendung zu Gunsten des Verklagten darum versagt, weil durch alles Vorerwähnte der Anspruch wegen der Conventional-Strafe zugleich für die Concordia in wirksamster Weise vorbehalten sei. Für die Concordia konnte v. E. keinen Vorbehalt machen. Sie selbst mußte den Vorbehalt nach der obigen Ausführung machen. Das hat sie nicht gethan. Darum ist der ganze Anspruch auf die Conventional-Strafe erloschen. Der Appellations-Richter, welcher dies verkannt hat, hat die §§. 307. 308. 309. a. a. O. verletzt. Sein Erkenntniß muß daher vernichtet werden.

Aus dieser Ausführung folgt zugleich, daß die beiden Kläger mit dem ganzen Anspruche auf Zahlung der Conventional-Strafe nebst Zinsen abgewiesen werden müssen.

№ 5.

Finden eines Schatzes.

Ist zur Erwerbung der Rechte des Finders, auf den gefundenen Schatz, dessen Besitznehmung erforderlich?

A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 75. 82.—87. 89.

Am 31. August 1862 ist in dem neben der Lehrerwohnung des Verklagten, Lehrers N., befindlichen Schweinehöfchen ein Schatz, bestehend angeblich aus 591 Stück alten Goldmünzen aus der Zeit von 1492 bis 1503, gefunden worden. Ein Schwein hat die ersten Goldmünzen losgewühlt, als der Kläger Johann G. und der Verklagte sich dicht bei dem Schweinehöfchen von demselben nur durch ein Geländer getrennt, befanden. Jeder von Beiden will die losgewühlten

Digitized by Google

Goldstücke eher, als der andere bemerkt, Kläger aber auch seine Wahrnehmung dem noch mit dem Rücken dem Schweinehöfchen zugekehrten Verklagten mit den Worten kund gegeben haben:

Herr Lehrer, ihre Schweine wühlen Pistolen auf,

worauf erst derselbe sich umgedreht habe, in das Höfchen gesprungen sei und die Goldstücke einzusammeln angefangen habe. Später ist auch Kläger in das Höfchen gesprungen und hat dem Verklagten einsammeln helfen. Kläger hat jedoch selbst 18, der Verklagte 573 Goldmünzen und Letzterer später noch eine angeblich nachträglich gefundene ad depositum eingeliefert. Bei Ausschüttung dieser Masse sind als Finderhälfte dem Kläger 9, dem Verklagten 287 Stück ausgeantwortet worden, obwohl Kläger die Hälfte des ganzen Schatzes beanspruchte. Weil er allein der Finder sei, verlangt er in dem nun von ihm angestellten Processe vom Verklagten eidliche Manifestation der von ihm an sich genommenen Goldmünzen und Herausgabe der ihm ausgeantworteten 287 Stück.

Die Kreisgerichts-Deputation zu Wiedenbrück-Rheda hat am 20. Januar 1864 den Kläger mit seiner Klage abgewiesen, davon ausgehend, daß zwar das Finden des Schatzes an und für sich, ohne hinzukommende Occupation, den Anspruch des Finders auf die Hälfte des Schatzes, noch nicht das Eigenthum selbst, doch das Recht auf Erlangung des Eigenthums egründe, daß aber Kläger nicht bewiesen habe, daß er allein oder auch nur in Gemeinschaft mit dem Verklagten den Schatz entdeckt habe.

Das Appellations-Gericht zu Paderborn hat dies Erkenntniß am 28. October 1864 bestätigt und ausgeführt:

„Als Finder sei, wie bei verlorenen Sachen, so auch bei einem gefundenen Schatze, derjenige anzusehen, welcher die Sache zuerst in seine Gewalt bringe; dafür spreche die Quelle

Digitized by Google

des §. 82. Tit. 9. Thl. I. A. L. R., nämlich die lex unica C. de thesauris (10. 15.); da nicht erhelle, daß man bei Abfassung des Allgemeinen Landrechts die Bestimmung dieses Gesetzes habe abändern wollen, Kläger habe aber — abgesehen von den hier nicht streitigen 18 Münzen — von dem Schatze Nichts occupirt. Wolle man auch annehmen, daß Kläger die von Schweinen ausgewühlten Münzen zuerst erblickt habe — ein Umstand, der an sich gleichgültig sei — so habe er doch ruhig zugesehen, daß Verklagter sie eingesammelt habe, und demselben nur auf dessen Aufforderung bei der Besitzergreifung geholfen.

Auf die vom Kläger eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 1. Mai 1865 das Appellations-Erkenntniß vernichtet und das Erkenntniß erster Instanz dahin abgeändert, daß er dem Kläger einen Eid *dahin*:

> ich . . . schwöre . . ., daß ich am 31. August 1862 von einem Schweine im Schweinehöfchen an der Lehrerwohnung des Verklagten aufgewühlte Goldmünzen eher wahrgenommen und meine Wahrnehmung dem Verklagten eher kund gegeben habe, als Verklagter eine solche Wahrnehmung kund gegeben hat,

aufgelegt hat, mit der Wirkung, daß im Schwörungsfalle Verklagter schuldig, diejenigen Geldmünzen, welche er von den am 31. August 1862 in dem gedachten Schweinehöfchen aufgefundenen an sich genommen hat, eidlich zu manifestiren, und die ihm später aus dem gerichtlichen Depositorium verabfolgten 287 Goldmünzen dem Kläger herauszugeben; im Nichtschwörungsfalle Kläger mit seiner Klage auf solche Manifestation und Herausgabe abzuweisen.

Für die Vernichtung des Appellations-Erkenntnisses lauten die

Digitized by Google

Gründe.

Im römischen Rechte ist die Controverse zwischen Proculus und Sabinus, ob der Eigenthümer eines Grundstücks an einem von ihm in demselben gefundenen Schatze durch den bloßen animus possidendi, oder erst „si thesaurus loco motus sit," den Besitz erlange, von Paulus in l. 3. §. 3. D. de acquir. vel amitt. poss. 41. 2. für die letztere Ansicht entschieden worden. Es ist damit die Frage, wann das Eigenthum erlangt werde, ob das Gesetz das Eigenthum des Finders an dem auf seinem Grundstücke gefundenen Schatze ganz, an dem auf eines Anderen Grunstücke zufällig gefundenen zur Hälfte, an die bloße Thatsache des Findens, vorausgesetzt, daß er sein Finderrecht überhaupt verfolgen will und zeitig verfolgt, oder erst an die hinzukommende Occupation knüpfe, nicht entschieden — vergleiche die Worte:

„dimidium inventoris esse" in
§. 39. J. de rerum divisione 2. 1.

„sic enim fit ejus, qui invenerit, quod non alterius sit" in
l. 31. §. 1. D. de acquir. rer. dom. 41. 1.

„acquirit" „acquirat" „acquiret" „illius sit" „pertinere"
in l. 63. p. §§. 1. 3. digest. eod.

und „vindicari" für den Grundeigenthümer in
l. 3. §. 10. D. de jure fisci 49. 14. —

Die Ausdrücke: restitui debebit" in §. 4. ibid. und „dimidia retenta, altera dimidia data" in l. unica C. de thes. 10. 15. deuten allerdings darauf hin, daß hier an solche Fälle gedacht ist, wo der Finder den Schatz gehoben, in Besitz genommen habe, was ja auch meistens und wohl mit seltenen Ausnahmen geschieht.

Es sprechen aber darum diese Stellen weder aus, daß zum Begriff: „invenire" außer der reinen Thatsache des Findens auch die Thatsache der Apprehension gehören —

Digitized by Google

vergleiche Sell Versuche Thl. I. Seite 170. ff. — noch: daß der Finder erst durch hinzukommende Apprehension das Eigenthum an der Hälfte des gefundenen Schatzes erlange. Wäre Letzteres aber auch richtig, so müßte doch mindestens das zugegeben werden, daß nach allen vorstehend angezogenen Stellen, insbesondere auch gleich nach dem Inhalte des §. 39. J. l. c.

„divus Hadrianus dimidium inventori, dimidium domino soli concessit,

das Gesetz dem Finder eines Schatzes einen Anspruch auf Erlangung des Eigenthums an der Hälfte des Schatzes durch Occupation gegeben hat. Und wenn auch dieser Anspruch, insofern er ihn nicht durch wirkliche Occupation verfolgt, alsdann wirkungslos werden kann, wenn nun ein Anderer den noch nicht gehobenen Schatz selbstständig findet und auf Grund dieses seines Fundes occupirt, so verträgt es sich doch nicht mit dem, vom Gesetz dem Finder zugestandenen, Rechte, daß auf Grund seines Fundes, unmittelbar nach seinem Finden, ein Anderer ihm vorgreifend das Eigenthum durch Occupation erwerben kann. Es fehlt dann diesem an dem Rechte zu occupiren, was ein Anderer gefunden hat, und darum kann gegen ihn der Finder den ihm durch das Gesetz gegebenen Anspruch auf Erlangung des Eigenthums an dem, von demselben unerlaubter Weise in Besitz genommenen, Schatze in Betreff der ihm, dem Finder, gebührenden Hälfte auf die geeignete Weise verfolgen. Bornemann, Systematische Darstellung des Preuß. Rechts, Ausgabe 2. Band 2. §. 79. Seite 22—24 und Koch, A. L. R. Thl. I. Bd. 1. zu Thl. I. Tit. 9. §. 82. nota 10. führen auch für das römische Recht aus: daß das Finden, unabhängig von der Occupation, den Anspruch des Finders auf das Eigenthum an der Hälfte des Schatzes, selbst dem Eigenthümer des Grundstückes gegen-

Digitized by Google

über, welcher dem Finder vorgreifend auf Grund dessen Fundes occupire, begründe. Das von ihnen angezogene Cap. 72. in Kind, quaest. for. edit. 2. tom 2. pag. 415. sequ. — und das daselbst mitgetheilte Urtel des Sächsischen obersten Gerichtshofes zu Dresden vom Jahre 1797 führt nicht das Gegentheil hiervon aus, indem dieses zwar davon ausgeht, daß der Finder Eigenthum am gefundenen Schatze ganz oder zur Hälfte erst durch Apprehension erlange, und den beiden Dienstboten, welche im Grundstücke ihres Dienstherrn einige von dem von ihnen geweideten Vieh losgescharrte Gold- und Silbermünzen wahrgenommen, ergriffen und unter sich getheilt hatten, nur an diesen Eigenthum zuspricht, aber weiter annimmt, daß sie mehrere Münzen nicht entdeckt, ihr Dienstherr aber später mehrere gefunden haben solle, worauf sie daher keinen Anspruch hätten.

Das Allgemeine Preußische Landrecht stellt zwar im §. 3. Tit. 9. Thl. I. die Regel auf, daß zur Erwerbung des Eigenthums die Besitznehmung erfordert wird, macht aber im §. 4. hievon da eine Ausnahme, wo die Gesetze die Erwerbung des Eigenthums schon mit einer gewissen Begebenheit oder Willenserklärung allein ausdrücklich verbinden. Es handeln nun der erste und der zweite Abschnitt dieses, die unmittelbaren Erwerbsarten des Eigenthums behandelnden, neunten Titels „von der ursprünglichen Besitznehmung“ und „von der Besitznehmung verlassener und verlorener Sachen“, der dritte Abschnitt aber „von gefundenen Sachen.“

Das Wort: „finden“ hat allerdings im dritten Abschnitte dieselbe Bedeutung als im zweiten, drückt aber nicht einen besonderen juristischen Begriff aus, sondern nur dasselbe, was im gemeinen Leben unter „finden“ verstanden wird. Wenn bei dem Funde einer verlorenen Sache Mehrere gegenwärtig gewesen sind, so soll, im Falle eines darüber entstehenden

Digitized by Google

Streites, die Person des eigentlichen Finders nach den in §§. 9.—13. bestimmten Grundsätzen — welche von der Erwerbung des Eigenthums an herrenlosen Sachen mittelst wirklicher Besitzergreifung und inwiefern zu einer solchen man ohne Widerspruchsrecht eines Anderen befugt sei, handeln, — ausgemittelt werden, und wenn danach die Person des eigentlichen Finders noch zweifelhaft bleibt, sollen die Rechte des Finders allen denjenigen zukommen, welche die Sache in Besitz zu nehmen sich zu gleicher Zeit bestrebt haben. Daraus, daß hier die Rechte des Finders einer verlorenen Sache mit der Besitzergreifung in Verbindung gebracht worden sind, darf nicht hergeleitet werden, daß, wenn thatsächlich ermittelt werden kann, der Eine habe allein die Sache gefunden, und seine Wahrnehmung sofort dem Anderen mitgetheilt, ehe er noch Anstalten zur Besitzergreifung getroffen hat, der Andere nun auf Grund dieser Mittheilung dem Ersteren in der Besitznehmung vorgreifen dürfe, und wenn ihm dies gelinge, nun die Rechte des Finders statt des Ersten diesem Anderen zukämen, welcher ja die Sache nicht gefunden hat. Müßte man aber auch eine solche positive Bestimmung in den angezogenen Paragraphen für verlorene Sachen erkennen, so ist doch im dritten Abschnitte „von gefundenen Schätzen" zwar im §. 76. wegen Aufbewahrung des gefundenen Schatzes, Ausforschung des Eigenthümers und Vorladung desselben auf die Vorschriften für gefundene Sachen in den §§. 23.—42. verwiesen worden, aber schon nicht auf die §§. 43. und folg. wegen Zuschlages der Sache, was schon darauf hindeutet, daß nicht, wie bei gefundenen Sachen, erst durch einen Zuschlag das Eigenthum auf den Finder zu seinem Antheile bei dem gefundenen Schatze übergeht, und eben so wenig ist beim gefundenen Schatze auf die vorgedachten §§. 9.—13. 67. 68. verwiesen worden. Schließt dies auch die analoge Anwendung

Digitized by Google

der §§. 67. und 68., wenn man in denselben nur einen gesetzlichen Fingerzeig zur Feststellung der reinen Thatsache, wer von Mehreren gefunden habe, erkennt, nicht aus, so würden doch, wenn diese Paragraphen positive Bestimmungen dahin, daß nicht der thatsächliche Finder einer verlorenen Sache, sondern der, welcher in Folge des von diesem gemachten Fundes die Sache in Besitz nehme, die Rechte des Finders erlange, enthielten, solche positive Bestimmungen auf gefundene Schätze nicht angewendet werden können. Nach §. 81. „gehört" der gefundene Schatz dem, welcher ihn auf seinem eigenen Grunde gefunden hat, und nach §. 82. „gebührt", wenn Jemand einen Schatz auf fremdem Grunde zufällig findet, die eine Hälfte dem Finder, die andere dem Eigenthümer des Grundes. Es kann nicht angenommen werden, daß das Wort: „gebührt" im §. 82. eine nicht eben so weit gehende Bedeutung haben solle, als das Wort: „gehört" im §. 81. Ein Gleiches, wie im Falle des §. 82., nämlich, daß die eine Hälfte dem Finder, die andere Hälfte dem Eigenthümer des Grundes „gebührt," soll nach §§. 83. 84. stattfinden, wenn Gesinde oder Arbeitsleute bei ihren Verrichtungen einen Schatz „entdecken," ingleichen, wenn Jemand mit Bewilligung des Eigenthümers auf fremdem Grunde nach einem Schatze sucht und solchen wirklich „entdeckt." In beiden Paragraphen ist das Wort „entdecken" offenbar gleichbedeutend mit „finden" in den §§. 75. 76. 77. 81. 82. und 85. gebraucht; und dient auch dies, da der §. 83. unzweifelhaft die Controverse des gemeinen Rechts wegen des Anspruches auf den von dem mercenario auf dem Grunde des Lohnherrn gefundenen Schatz (vergl. Kind quaest. for. ed. 2. tom. 2. c. 72. pag. 415. ff.) zwischen dem Eigenthümer des Grundes und seinen Leuten, die bei ihren Verrichtungen den Schatz entdeckten, dahin entscheiden will: daß dem Ersteren die eine Hälfte, dem

Digitized by Google

Letzteren die andere Hälfte gebührt, gleichviel, ob auf Grund ihres Entdeckens sie oder der Erstere den Schatz wirklich gehoben haben, — zur Unterstützung des Grundsatzes:

daß das bloße thatsächliche Finden, vorausgesetzt, daß auf Grund dieses Findens der Schatz überhaupt gehoben wird, das Finderrecht auf die Hälfte des Schatzes — in dem §§. 86. und 87. „Anrecht auf den Schatz" genannt — giebt, und daß die Besitzergreifung von Seiten eines Anderen, welche in Folge dieses Findens erfolgt, hieran nichts ändert.

Dies nehmen auch Bornemann a. a. O. S. 23. und Koch a. a. O. S. 437. an. Dahin gestellt kann bleiben, ob mit Rücksicht auf die §§. 3. und 4. dieses „Anrecht auf den Schatz" das vom Gesetz sofort gegebene Eigenthum oder den gegebenen Anspruch auf dessen Erlangung enthalte.

Der Appellations-Richter geht gerade von der entgegengesetzten Ansicht aus: daß nur der als Finder des Schatzes anzusehen sei, welcher denselben zuerst in seine Gewalt bringe, daß es ein gleichgültiger Umstand sei, ob Kläger die von den Schweinen ausgewühlten Münzen zuerst erblickt habe, und daß Kläger — abgesehen von den hier nicht streitigen von ihm in Besitz genommenen 18 Münzen — nicht einmal Mitfinder sei, weil er von den streitigen nichts occupirt, sondern ruhig zugesehen habe, daß Verklagter mit dem Einsammeln begann.

Das Appellations-Erkenntniß beruht allein auf dieser unrichtigen Rechtsansicht und muß daher vernichtet werden.

In der Hauptsache ist auf Grund der Angabe der Parteien und der Aussagen zweier Zeuginnen vom Ober-Tribunal Folgendes angenommen worden.

Es ist hiernach dafür, daß der Verklagte von den Schweinen aufgewühlte Goldstücke früher wahrgenommen habe, als Kläger solche wahrnahm und seine Wahrnehmung kund gab, nicht

Digitized by Google

der geringste Beweis, dagegen dafür, daß der Kläger solche früher wahrnahm und seine Wahrnehmung früher kund gab, als Verklagter eine Wahrnehmung kund gegeben, nicht unerheblicher Beweis erbracht worden, weshalb es gerechtfertigt erscheint, den Kläger über Vorstehendes zum Erfüllungseide zu verstatten. Nach den Aussagen beider Zeuginnen ist zu Gunsten des Verklagten anzunehmen, daß erst er den Rest eines Töpfchens mit Goldstücken zum Vorschein gebracht hat, und ist dafür, daß auch schon diesen der Kläger zuerst wahrgenommen habe, kein Beweis erbracht worden. Aber sowohl nach der Erzählung beider Parteien, als nach den Aussagen beider Zeuginnen ist, mit Ausnahme des angeblich bei fernerem Nachsuchen nach drei Tagen vom Verklagten noch gefundenen einen Goldstücks, alles Einsammeln in unmittelbarer Verfolgung der — sei es vom Kläger oder vom Verklagten — gemachten ersten Wahrnehmung der zuerst von den Schweinen ausgewühlten Goldstücke geschehen, indem auch der Verklagte angiebt, daß er sofort nach dieser Wahrnehmung über das Stacket in das Höfchen gesprungen sei, die sichtbar liegenden wenigen Goldstücke eingesammelt, und durch immer tieferes Wühlen andere und zuletzt das Töpfchen mit Münzen an's Licht gebracht habe. Hierin liegt thatsächlich der gegenwärtige Fall etwas anders, als der von Kind a. a. O. mitgetheilte Fall, wo die beiden Dienstboten nur die Münzen „quatenus sine diligentiore investigatione in oculos occurebant," ergriffen und unter sich getheilet hatten, „paulo post" die Frau des Dienstherrn hinzueilte, dann ihren Mann herbeirief, und dieser dann zu graben anfing und diese alterior investigatio nicht vergeblich gewesen sein soll. Konnte da der Gerichtshof zu Dresden und konnte Kind (p. 422. 423.) für dergleichen von ihm aufgestellte Fälle die Sache thatsächlich und rechtlich anders ansehen, so gestattet doch der gegenwärtige Fall keine

Digitized by Google

andere thatsächliche Feststellung, als daß nur Ein Schatz gefunden und nach und nach gehoben ist, und daß als der thatsächliche Finder dieses ganzen gehobenen Schatzes derjenige anzusehen ist, welcher die ersten von den Schweinen aufgewühlten Goldstücke zuerst wahrgenommen, diese seine Wahrnehmung kund gethan und dadurch die Hebung des ganzen Schatzes veranlaßt hat. Selbst das vom Verklagten nachträglich zum gerichtlichen Depositorium eingelieferte eine Goldstück kann hiervon nicht ausgeschlossen werden, da es an genügender thatsächlicher Ermittelung fehlt, wonach dessen Auffinden als ein nach vollendeter Hebung des am 31. August gefundenen Schatzes gemachter neuer Fund festgestellt werden könnte. Von dem im Tenor dem Kläger auferlegten Erfüllungseide muß es hiernach abhängig gemacht werden, ob dem Kläger oder dem Verklagten die Anrechte des Finders auf den ganzen in Rede stehenden Schatz zuzusprechen sind. Stehen sie dem Kläger zu, so darf man zu Gunsten des Verklagten zwar annehmen, daß er die Rechte des Eigenthümers am Grund und Boden wahrnehmen durfte und Namens dieses Eigenthümers ohne Widerspruch des Klägers, als Finders, den Schatz mit Ausnahme der vom Kläger genommenen 18 Goldstücke gehoben hat. Wie aber der Eigenthümer des Grundes und Bodens nach §. 89. a. a. O. und §. 29. Nr. 11. Tit. 22. Thl. I. der Allg. Gerichts-Ord. nach bewandten Umständen vom Finder die eidliche Angabe des gefundenen Schatzes fordern kann, so muß, wenn nicht der Finder, sondern der Eigenthümer oder dessen Vertreter den gefundenen Schatz gehoben hat, nach bewandten Umständen ebenso von diesem der Finder die eidliche Manifestation des von ihm in Besitz genommenen Schatzes fordern können, weil der allgemeine Grundsatz des §. 28. a. a. O. der Allg. Ger.-Ord. bei gleichmäßigem Rechte des Finders und des

Digitized by Google

Grundeigenthümers auf den Schatz auch gleichmäßig für den Einen gegen den Anderen zutrifft. Die von den beiden Zeuginnen bekundeten Umstände sind aber der Art, daß sie für den vorliegenden Fall das Verlangen des Klägers: daß Verklagter den Manifestations-Eid leiste, rechtfertigen.

Der speciell auf Herausgabe der 287 Stück Goldmünzen, welche dem Verklagten als die Hälfte der von ihm eingelieferten 574 Stück aus dem Depositum ausgeantwortet worden sind, gerichtete Antrag des Klägers ist, wenn er den ihm auferlegten Eid leistet, gleichfalls aus allen vorstehenden Gründen gerechtfertigt.

№ 6.

Entsagung einer Erbschaft nach Ablauf der Ueberlegungsfrist.

Ist die Entsagung einer Erbschaft nach Ablauf der Ueberlegungsfrist, oder nach erklärter Annahme, nicht als eine eigentliche Erbschaftsentsagung, sondern als ein Veräußerungsvertrag aufzufassen?

A. L. R. Thl. 1. Tit. 9. §§. 389. ff. 412. Tit. 16. §. 396.

Der am 10. December 1832 zu P. verstorbene Kammerherr v. M. hatte in seinem am 19. März 1833 publicirten Testamente seine Wirthin H. zu seiner Universalerbin eingesetzt. Nachdem dieselbe in zwei Eingaben vom 3. und 23. August 1833 sich die Erklärung über den Erbesantritt vorbehalten hatte, erklärte sie zur gerichtlichen Verhandlung vom 27. Mai 1834, daß sie der Erbschaft entsage, nur als

Digitized by Google

Gläubigerin und Legatarin auftreten werde, und stellte gleichzeitig anheim, wegen der Insufficienz des Nachlasses das Concursverfahren einzuleiten.

Diese Entsagung wurde in einem Processe eines Nachlaßgläubigers durch Erkenntniß vom 30. April 1836, als verspätet, für unwirksam erklärt und die H. als Beneficial-Erbin des v. M. zur Zahlung von 7944 Thlr. und Zinsen verurtheilt.

Inzwischen war dem Nachlasse aus einer anderen Masse eine Summe von 19,000 Thlr. zugeflossen und eine Curatel zur Ermittelung der unbekannten Erben eingeleitet. Es hatten sich auch Intestaterben gemeldet, sie waren indeß noch nicht legitimirt. Ihnen gegenüber behauptete aber der Sohn und alleinige Erbe der inzwischen verstorbenen H., daß jene Entsagung seiner Mutter zur gerichtlichen Verhandlung vom 27. Mai 1834 nur eine bedingte und überdies verspätete, deshalb aber unwirksame sei, verlangte als Erbe des v. M. anerkannt zu werden und hat, da sein Anspruch von dem Curator und den Erbprätendenten bestritten wurde, gegen den Curator mit dem Antrage geklagt, von demselben bezüglich der durch ihn vertretenen unbekannten Erben als Erbe des v. M. anerkannt zu werden.

Die beiden Vorderrichter haben den Einwand des Verklagten, daß die Klage gegen die Erben gerichtet werden müsse, welche sich gemeldet haben, übereinstimmend verworfen, auch ebenso übereinstimmend die Entsagung der H für eine unbedingte und verspätete erklärt, sind indeß über die Wirkung derselben verschiedener Meinung. Während der erste Richter der Bestimmuug des §. 412. Thl. I. Tit. 9. des A. L. R.

ein Erbe, welcher die Erbschaft einmal angenommen oder sich innerhalb der gesetzlichen Frist gar nicht erklärt hat,

Digitized by Google

darf derselben zum Nachtheile eines Dritten nicht mehr entsagen; —

die Deutung giebt, daß ein solcher Erbe zwar die Erbschaft veräußern, ihr also auch durch Vertrag entsagen könne, seine Erbenqualität dadurch aber unberührt bleibe und demgemäß die Erben des v. M.'schen Nachlasses verurtheilt, den Kläger als Erben des Nachlasses anzuerkennen, — hat der Appellations-Richter der Entsagung volle rechtliche Wirkung beigelegt und unter Abänderung des ersten Erkenntnisses den Kläger abgewiesen; er legt das entscheidende Gewicht auf die Worte: „zum Nachtheile eines Dritten" und folgert daraus, daß nur insoweit eine Entsagung unstatthaft sei, wenngleich er anerkennt, daß dieser Grundsatz nicht mit dem Rechtssystem in Einklang zu bringen sei, nach welchem derjenige, der einmal Eigenthümer einer Erbschaft geworden, dieses sein Eigenthum nicht durch die bloße Erklärung wieder aufheben könne, nicht mehr Eigenthümer sein zu wollen.

Auf die Revision des Klägers hat der erste Senat des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 24. April 1865 das erste Erkenntniß wiederhergestellt. In den

Gründen

heißt es:

Die Auffassung des Appellations-Richters über die Bedeutung des §. 412. Thl. I. Tit. 9. des A. L. R. führt von vornherein zu einem Widerspruche, der namentlich in vorliegendem Falle in besonders auffallender Weise hervortritt. Die Mutter des Klägers ist durch das Erkenntniß vom 30. April 1836 ihrer Erbschaftsentsagung ungeachtet für Beneficialerbin erklärt und als solche zur Zahlung von 7944 Thl. verurtheilt, es ist in dem Erkenntnisse ausdrücklich die Entsagung für unwirksam erklärt. Die H. würde

Digitized by Google

danach also dem Gläubiger gegenüber Erbin geworden sein, im Uebrigen aber als Erbin nicht betrachtet werden.

Der §. 412 hat eine andere Bedeutung.

Nach §. 406. tritt in Folge einer gültigen Erbschaftsentsagung der nächste Erbe an Stelle des Entsagenden. Gültig ist eine Entsagung aber nur dann, wenn sie rechtzeitig d. h. innerhalb sechs Wochen nach erlangter Wissenschaft erklärt wird. — §. 384. — Ist diese Frist verabsäumt, so erlangt der Erbe ohne Weiteres, kraft des Gesetzes, die Eigenschaft eines Erben, er kann sich derselben nicht mehr mit der Wirkung entäußern, daß in seine Stelle der nächstberufene Erbe tritt, weil diese Wirkung nach §. 406. eben nur an eine gültige Entsagung geknüpft ist. Von solcher Entsagung spricht der §. 412. nicht, er würde sonst mit den aus den vorhergehenden Bestimmungen sich ergebenden Grundsätzen in Widerspruch treten; er bezieht sich vielmehr auf Entsagungen im Allgemeinen, die nach §. 396. Thl. I. Tit. 16. des A. L. R. ein Jeder erklären kann, der Verträge abzuschließen fähig ist. Eine solche Entsagung ist als Veräußerung aufzufassen und nach den für Letztere geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Der Erbe kann danach die ihm angefallene Erbschaft nach erklärter Annahme und nach Ablauf der Ueberlegungsfrist durch Entsagung veräußern, seine Erbenqualität verliert er dadurch aber nicht, er bleibt daher auch dem Erbschaftsgläubiger und jedem Dritten gegenüber Erbe.

Dieselbe Ansicht ist bereits in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals Entscheidungen Bd. 26. S. 253 ausgesprochen und kann auf die weitere Ausführung dort verwiesen werden.

Eben so ist der §. 412. auch bei der Gesetz-Revision Pensum XVI. aufgefaßt. Es wird in den Motiven in Bezug auf jenen Paragraphen bemerkt:

Digitized by Google

Die darin enthaltene Beschränkung des Widerrufs der Annahme einer Erbschaft auf den Fall, daß derselbe nicht zum Nachtheile eines Dritten gereicht, ist überflüssig. Der Vortheile aus einem Rechtsgeschäfte sich zu begeben, ist Jedem gestattet, der freie Disposition über sein Vermögen hat, und wenn der Erbe die Verbindlichkeiten erfüllen muß, welche aus der Annahme der Erbschaft auf ihn übergehen, so bleibt er der nachher erfolgten Entsagung zu Gunsten eines Dritten ungeachtet noch Erbe in Hinsicht der Erbschafts-Gläubiger und Legatarien.

Verklagter hat zwar bestritten, daß die Entsagung in der Verhandlung vom 27. Mai 1834 verspätet gewesen, indeß mit Unrecht. Es kann nach den Eingaben der H. vom 3. und 23. August 1833 nicht zweifelhaft sein, daß dieselbe bereits im August 1833 Kenntniß von dem Erbanfalle erhalten hatte, die Entsagung in der Verhandlung vom 27. Mai 1834 ist also unzweifelhaft verspätet. Die H. war daher Erbin geworden und ist die Eigenschaft als Erbin durch jene Entsagung nicht aufgehoben. Daraus aber folgt, daß der Antrag des Klägers, als ihres legitimirten Erben, ihn auch als Erben des v. M.schen Nachlasses anzuerkennen, begründet ist.

№ 7.

Verjährung bei Erbschaftsklagen.

1) Unterliegt die, der hereditatis petitio vorhergehende Präjudicial-Klage, auf Anerkennung des Erbrechtes des Klägers, der gewöhnlichen Verjährung?
2) Beginnt der Lauf der Verjährung bei dieser Klage

Digitized by Google

ebenso wie bei der eigentlichen hereditatis petitio, wenn in dem Erbeslegitimations-Verfahren eine öffentliche Vorladung der unbekannten Erben und demnächst ein Präclusions-Urtel gegen dieselben ergangen ist, erst mit dem Tage dieses Erkenntnisses? oder mit dem Tage der Besitzergreifung des Nachlasses pro herede oder pro possessore?

A. L. R. Thl. I. Tit. 9. §§. 367—395., Thl. II. Tit. 16. §§. 16—27. Tit. 18. §. 482.
A. G. O. Thl. I. Tit. 46. §. 3 ff.

Der polnische Woywode Adalbert v. Opalenski starb im Jahre 1775 kinderlos mit Hinterlassung ansehnlicher Landgüter, in deren Besitz sich nach dem bald darauf erfolgten Tode seiner Wittwe, theils Verwandte von weiblichen Seiten-Linien als Intestaterben, theils Gläubiger, die eine gerichtliche Immission erlangten, setzten. Das bei den damaligen polnischen Gerichten eingeleitete Verfahren zwischen den vielen sich meldenden Erbprätendenten führte zu keinem Abschlusse und gerieth ganz in Stocken in Folge der später eintretenden politischen Veränderungen. Der Besitz der Nachlaßgüter ging auf Erben und anderweitige Rechtsnachfolger der ersten Besitznehmer über. Von diesen erkaufte der Kaufmann Be. im Jahre 1853 deren Erbrechte und erwarb auch ihre Gläubigerrechte durch Concessionen. Inzwischen war schon früher beim Kreisgerichte zu Grätz, als dem Erbschaftsforum, das Erbeslegitimations-Verfahren wieder aufgenommen worden, und dieses Gericht hatte ein öffentliches Aufgebot aller Erben, demnächst auch im Jahre 1850 ein Präclusions-Urtel gegen die, welche sich nicht gemeldet hatten, erlassen. Die nunmehr bekannt gewordenen Erbprätendenten, der Zahl nach durch

Digitized by Google

den langen Zeitverlauf, seit dem Tode des Erblassers, noch sehr vermehrt und theilweise im Auslande und entfernt wohnend, brauchten viel Zeit zum Nachweise ihrer Rechte und erst im März 1858 konnte das gerichtliche Erbeslegitimations-Attest ausgefertigt werden. Von der Mehrzahl dieser legitimirten Erben hatte der Besitzer der Güter, Be., deren Rechte käuflich an sich gebracht, als im Jahre 1861 neue Erbprätendenten, die bisher ganz unbekannt geblieben waren, auftraten. Sie nannten sich Nachkommen eines Michael v. Op., der ein Enkel eines Vatersbruders des Erblassers, also im fünften Grade mit diesem verwandt und deshalb, da er den Erbanfall erlebt habe, dessen einziger nächster Erbe gewesen sei, indem alle übrigen bekannten Erben von entfernteren Seitenverwandten abstammten. Sie wollten ihr Näherrecht zunächst gegen den Be. ausführen und klagten gegen diesen mit dem Antrage:

ihn zur Anerkennung der Kläger als alleinige nächste Erben des Adalbert v. Op. zu verurtheilen.

Der Verklagte wendete ein:

1. daß die Kläger gar keine Verwandte des Erblassers seien, der als der letzte Mann seiner Familie gestorben, und
2. daß die Klage verjährt sei.

Aus diesen beiden Gründen wies das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Grätz, vom 4. October 1862, die Kläger ab und das Appellations-Gericht zu Posen bestätigte am 13. April 1864 diese Abweisung, beschränkte jedoch die Gründe seiner Entscheidung auf die eingetretene Verjährung der Klage.

Die gegen das Urtel zweiter Instanz von uns Klägern eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist vom ersten Senate des Ober-Tribunals unter dem 29. Mai 1865 zurückgewiesen worden. Dies Urtel hat unter anderem die in der Ueber-

Digitized by Google

schrift dieser Mittheilung aufgestellten Fragen entschieden, und zwar aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter erklärt die Verjährung der erhobenen Klage durch den Ablauf von weit mehr als dreißig Jahren, innerhalb deren die Klage nicht angestellt worden ist, für eingetreten.

Erstens halten nun die Kläger und Imploranten diese Verjährung principaliter für überhaupt unstatthaft gegen die von ihnen nur erhobene Präjudicial-Klage auf Anerkennung ihres besseren Erbrechts; der Appellations-Richter hat aber diese Meinung für unrichtig erklärt, weil dieselbe durch keines der hier in Frage kommenden Landesrechte (das altpolnische, das subsidiäre gemeine Recht, das Allgemeine Landrecht oder den während der Zeit des Herzogthums Warschau gültig gewesenen Code civil) unterstützt werde und sie ihre positive Widerlegung auch darin finde, daß nach dem römischen Rechte, wie nach der Allgemeinen Gerichts-Ordnung ein solches Präjudicium, wie die vorliegende Klage, stets ein wesentlicher, vorangehender Theil der zweiten und Hauptklage, die auf Herausgabe des Nachlasses gerichtet werde, sei, also derselben Verjährung wie diese unterliege und diese voraufgehende besondere Geltendmachung des Praejudicii dasselbe nicht von dieser Verjährung frei machen könne.

Imploranten machen nun dem Richter den Vorwurf, daß er die actio praejudicialis auf Anerkennung des Erbrechts, mit der hereditatis petitio vermenge, hierdurch das Wesen und die rechtliche Natur der Präjudicial-Klage ebenso verkenne, wie den Rechtsbegriff der Verjährung.

Die Imploranten bezeichnen als durch das ergangene Urtel verletzt zunächst zwei Grundsätze des römischen Rechts, nämlich:

Digitized by Google

1. daß Statusklagen nicht verjähren,
2. daß kein Recht durch Verjährung erlösche, wenn nicht die Gesetze dies ausdrücklich verordnen.

Zur Begründung dieser Behauptung wird allein auf einen Paragraphen in Thibaut's System des Pandectenrechts hingewiesen. Aber eine Statusklage ist gar nicht angestellt, sondern nur eine der hereditatis petitio vorhergehende Präjudicial-Klage. Und der Satz, daß kein Recht durch Verjährung erlösche, wenn nicht die Gesetze dies ausdrücklich verordnen, wird zwar von Thibaut an einer Stelle seines Systems ausgesprochen (Thibaut, System, 4. Ausgabe, enthält diesen Satz im §. 1019.), wo von den allgemeinen Grundsätzen über die Verjährung die Rede ist; bei Besprechung der Klageverjährung sagt aber derselbe Schriftsteller:

daß die Klagen fast unbedingt der erlöschenden Verjährung unterworfen sind und daß dieselben im Zweifel binnen dreißig Jahren erlöschen;

worauf er dann die einzelnen Arten von Klagen abhandelt und hier auch einige anführt, in denen die Verjährung von dreißig Jahren im Allgemeinen nicht, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen stattfindet, wie die actio finium regundorum und communi dividundo, nicht aber die petitio hereditatis, oder die derselben vorangehende Präjudicial-Klage. Die Regel ist daher vielmehr, daß alle Klagen in dreißig Jahren verjähren, wie z. B. in l. 3. pr. C. de praescript. triginta annorum gesagt ist:

Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendatur.

Gewisse Klagen fordern noch einen längeren Zeitraum, andere dagegen verjähren in kürzerer Frist, aber keine dieser Ausnahmen ist für die hereditatis petitio festgesetzt, und es

Digitized by Google

bleibt daher für diese Klage eine dreißigjährige Verjährung bestehen.

cfr. v. Savigny, System des römischen Rechts Bd. 5. S. 274.

Arndts in Weiske's Rechtslexicon Bd. 5. S. 233, wo es heißt:

Es ist unzweifelhaft, daß die allgemeine Klageverjährung auch auf die hereditatis petitio Anwendung finde und zwar ist der Anfang dieser Verjährung von dem Tage an zu rechnen, an welchem zuerst der Gegner in einem, dem Erbrechte des Klägers widerstreitenden Besitze sich befand, der diesem zur Anstellung der hereditatis petitio Anlaß geben konnte u. s. w.

cfr. auch Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht Bd. I. S. 426. und 435. in fine.

Nach preußischem Rechte aber kann die Zulässigkeit der Verjährung der Erbschaftsklage ebenso wenig einem Bedenken unterliegen. Die als verletzt bezeichneten §§. 500. bis 503. Thl. I. Tit. 9. des A. L. R. sprechen gerade aus, daß durch Verjährung Rechte verloren gehen, wie auch erworben werden können, und daß zum Verluste des Rechts in der Regel der Nichtgebrauch desselben hinreicht. — §. 502. — Der §. 503. spricht von der erwerbenden Verjährung, paßt daher nicht hierher. Und was die ferner als verletzt bezeichneten §§. 16. 26. 27. Tit. 16., und §§. 847. bis 851. Thl. II. Tit. 18. A. L. R. hier beweisen sollen, ist nicht einzusehen, da die ersteren nur Festsetzungen über das Recht des Staats an erblosen Verlassenschaften enthalten, im §. 27. sogar die Zulässigkeit des Verlustes des Anspruchs an eine solche Verlassenschaft durch Verjährung in so weit angedeutet ist, als dort gesagt ist, daß ein rechtmäßiger Erbe, welcher nach erfolgtem Präclusions-Urtel, aber innerhalb der gewöhn-

Digitized by Google

lichen Verjährungsfrist, zurückkehre, gleiche Rechte mit einem Verschollenen habe, der nach der Todeserklärung zurückkommt.

Das Ober-Tribunal hat denn auch schon in früheren Fällen die Verjährbarkeit der Erbschaftsklage angenommen. So in dem Erkenntnisse vom 7. November 1852, in dessen Gründen ausgesprochen ist, daß das Allgem. Landrecht keine Bestimmung enthalte, nach welcher, außer der im §. 76. Thl. I. Tit. 17. angeordneten Unverjährbarkeit des Rechts, auf Theilung des gemeinschaftlichen Eigenthums anzutragen, auch die Verjährung in Betreff der Erbschaftsklage, oder Hinsichts des Rechts, vom Besitzer der Erbschaft oder eines Theils derselben die Herausgabe ganz oder zum Theil zu verlangen, ausgeschlossen wäre. Es ist diesem Grundsatze entsprechend das Präjudiz 2333 anfgestellt (Entscheid. Bd. 22. S. 32. und 35.) und in einem späteren Erkenntniß vom 27. November 1854 nach demselben Grundsatze entschieden worden.

Das französische Gesetzbuch endlich spricht im Art. 328. nur von der Unverjährbarkeit der Klage eines Kindes, durch welche dasselbe seine Abkunft in Anspruch nimmt, und im Art. 816 gerade von der Verjährung der Klage eines Miterben gegen den Besitzer des Nachlasses, im Art. 558 aber von einem ganz fremdartigen Gegenstande, nämlich von Alluvionen.

Es kann ferner keinen Unterschied in der Beurtheilung der ersten Frage machen, daß gegenwärtig noch nicht die Herausgabe des Nachlasses Gegenstand der erhobenen Klage, sondern diese nur erst auf die Anerkennung der Kläger als nächste und alleinige Erben des Adalbert v. Op. gerichtet ist. Denn diese abgesonderte und vorgängige Behandlung einer, die Hauptklage, auf Herausgabe des Nachlasses, bedingenden

Digitized by Google

Rechtsfrage, war zwar auch im römischen Rechte eine actio praejudicialis, aber nur in dem Sinne, in welchem mit diesem Namen solche Klagen bezeichnet wurden, durch welche eine Grundlage für die Entscheidung anderer Processe gewonnen wird.

Es stand im Belieben des Klägers, ob er die Präjudicialfrage in solcher Weise vorweg zur Entscheidung bringen lassen wollte; die rechtliche Natur des Hauptanspruchs aber konnte er dadurch nicht ändern, und wenn dieser daher durch Klageverjährung verloren ging, so muß diese auch der präjudiciellen Klage entgegenstehen. (Heimbach in Weiske's Rechtslexicon Bd. 1. S. 97). Imploranten nennen die von ihnen angestellte Klage eine actio praejudicialis in der anderen Bedeutung dieses Ausdrucks, nach welcher darunter solche Klagen verstanden werden, welche den Status, den persönlichen Zustand eines Menschen, betreffen, und sie behaupten, daß Statusklagen nicht verjähren. Dies widerlegt sich für den gegenwärtigen Fall durch die schon gemachte Bemerkung, daß eine Frage des Status gar nicht vorliegt, und es kann deshalb die nicht unbezweifelte Frage, ob nicht auch solche, den Statuts betreffende Klagen der Verjährung unterliegen? auf sich beruhen (cfr. v. Savigny l. c. S. 275.—277.). — Daß nach preußischem Rechte eine solche Unterscheidung zwischen der, eine Präjudicialfrage zur Entscheidung bringenden, und der die Hauptsache selbst betreffenden Klage, welche auf die Klageverjährung Einfluß haben könnte, eben so wenig stattfindet, unterliegt keinem Bedenken. Die Imploranten haben ein Gesetz, das etwas Entgegengesetztes bestimmen möchte, nicht angeführt, und die Proceß-Ordnung sieht im 46. Tit. §§. 2. 3. einen Streit unter Erbprätendenten über ihr Erbrecht nur als einen der, bei einer Erbschafts-Regulirung möglichen Streitpunkte an,

Digitized by Google

über welche vorweg entschieden werden muß, ehe mit der Erbtheilung vorgegangen werden kann. Daß hiernach endlich auch die Behauptung der Imploranten über Verkennung des Wesens und der rechtlichen Natur der Präjudicial-Klage und des Rechtsbegriffes der Verjährung, der Begründung entbehrt, versteht sich von selbst.

Zweitens behaupten Imploranten, daß, wenn auch die vorliegende Klage ebenso, wie die hereditatis petitio, in dreißig Jahren verjähren sollte, dennoch die Verjährung, den Klägern gegenüber, nicht zur Anwendung kommen dürfe. Denn es könne der Anfang derselben, wenn sie stattfinden sollte, nur auf den Tag der Präclusion im Jahre 1850 gesetzt werden, und da der Appellations-Richter dies nicht gethan, so habe er hierdurch §. 3. Tit. 46. der Proceß-Ordnung, §. 46. Tit. 17., §§. 494. 495. 502. Thl. I. Tit. 9., §§. 16. 17. 25. Thl. II. Tit. 16. und §§. 847—852. Tit. 18. A. L. R. verletzt. Die ganzen Bestimmungen wegen des Aufgebots unbekannter Realinteressenten, die Nachtheile, die erst mit der Präclusoria dem wirklichen Erben, welcher sich nicht gemeldet habe, erwüchsen, seien nur verständlich, wenn man den §. 494. Thl. I. Tit 9. A. L. R. in ihrem (der Imploranten) Sinne auffasse, und der §. 27. Thl. II. Tit. 16. das. sei nur eine Anwendung jenes §. 494. Tit. 9., indem dort der Fiscus den Erben repräsentire, und nicht als Occupant erscheine.

Dieser Angriff ist jedoch nicht begründet und vielmehr der Ausspruch des Appellations-Richters gerechtfertigt: daß der Anfang der Verjährung resp. actio nata, für die vorliegende Klage, wie bei der hereditatis petitio, auf den Tag der Besitzergreifung der Verlassenschaft pro herede oder pro possessore falle, also in die nächste Zeit nach dem im Jahre 1775 erfolgten Ableben des Erblassers.

Digitized by Google

Dies ergiebt sich, wenn die Fälle, in denen ein solches Präclusions-Urtel nach den landrechtlichen Vorschriften erlassen werden kann, näher in das Auge gefaßt werden.

Es wird im Tit. 9. Thl. I. des A. L. R. unterschieden, ob die Erben eines Verstorbenen bekannt und gegenwärtig sind, oder nicht? Sind die Erben bekannt und gegenwärtig, so können sie ohne Weiteres sich in den Besitz des Nachlasses setzen, gemäß §. 367. Thl. I. Tit 9. Wenn aber wegen mangelnder Legitimation der sich meldenden mehreren Erben, oder aus anderen gesetzlichen Gründen, es nothwendig wird, daß das Erbschaftsgericht die Erbeslegitimation prüfen muß, so ist nach §. 483. das. diesem Gericht der Nachweis des Erbrechts zu führen. Dasselbe soll dann nach §. 485. erwägen, ob Vermuthungen obwalten, daß noch nähere oder gleich nahe Erben vorhanden seien? und wenn dies nicht der Fall ist, den Nachlaß den sich meldenden Erben herausgeben, nach §. 486., falls sie, selbstverständlich, nicht schon vom Erbanfall an im Besitze sich befunden hatten. Finden sich aber solche Vermuthungen, so sollen dieselben nach §. 487 ff. zwischen dem sich angebenden Erben und dem entweder schon bestellten oder noch zu bestellenden Curator, näher erörtert werden, und es bleibt auch dem Gerichte überlassen, falls es dies nöthig findet, noch ein allgemeines Aufgebot des Nachlasses, oder eine besondere öffentliche Vorladung der vermuthlich noch vorhandenen näheren, oder gleich nahen Verwandten zu veranlassen.

Wenn nun an diese Vorschriften die des §. 494. sich anschließt mit den Worten:

> Erben, gegen welche nach erfolgter öffentlicher Vorladung ein Präclusions-Urtel ergangen ist, werden zwar dadurch, so lange die Verjährungsfrist noch nicht verflossen ist, ihres Erbrechtes selbst noch nicht verlustig;

Digitized by Google

(worauf im §. 495. der Nachsatz folgt: Sie müssen sich aber alle Verfügungen gefallen lassen, welche der Besitzer des Nachlasses in Ansehung eines Dritten darüber getroffen hat:)

so ist das dort gedachte Aufgebot und demnächst die Präclusion der Erben, augenscheinlich nur dazu bestimmt, außer Zweifel zu setzen, daß diejenigen Erben, die sich bereits dem Erbschafts-Gericht legitimirt haben, oder noch zeitig genug legitimiren, für die einzigen und wahren Erben erachtet werden dürfen. Diese Eigenschaft erlangen sie aber nicht erst durch den Abschluß des Legitimations-Verfahrens, vermittelst des Präclusions-Urtels, sondern sie besaßen dieselbe schon früher, von Zeit des Erbanfalls an, und wenn sie zugleich den Nachlaß titulo heredis im Besitz gehabt hatten, so muß die Verjährung, welche nach §. 494. dem, nach dem Präclusions-Urtel erst sich meldenden Erben entgegengesetzt werden darf, auch von dem Zeitpunkte der Besitzergreifung des wirklichen, wenngleich erst später legitimirten Erben beginnen. Denn dieser hatte ja pro herede besessen und von diesem Zeitpunkte ab spätestens konnte auch der Erbprätendent sein angeblich besseres Recht gegen den Besitzer der Erbschaft geltend machen; in demselben begann daher die Verjährung durch Nichtgebrauch nach §. 545. das. Anders liegt die Sache, wenn bei Eröffnung der Erbschaft die Erben unbekannt sind. Hier dient die nach §. 477. das. zu veranlassende öffentliche Vorladung derselben dazu, dieselben erst zu ermitteln, und wenn sich in dem anberaumten Termine kein Erbe meldet, oder der sich Meldende sein Erbrecht nicht nachzuweisen vermag, so hat das erlassene Aufgebot nach §. 481. die Wirkung, daß die Erbschaft als herrenlos dem Staate anfällt. Das Weitere hierüber ist aus Tit. 16. Thl. II. des A. L. R. §§. 16 ff.

Digitized by Google

zu ersehen. Es hat in diesem Falle Fiscus gemäß §. 25. das. alle Rechte und Pflichten eines gemeinen Erben an einem solchen Nachlasse erlangt, doch bestimmt §. 24., daß er sich den Nachlaß nicht eher zueignen darf, als bis alle dazu etwa Berechtigte öffentlich aufgerufen, folglich auch präcludirt worden; er erlangt also auch nicht früher den Besitz des Nachlasses, und wenn daher §. 27. das. ferner verordnet:

> Ein rechtmäßiger Erbe, welcher nach erfolgtem Präclusions-Urtel, jedoch innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfrist, sich noch meldet, hat mit einem Verschollenen, der nach der Todes-Erklärung zurückkommt, gleiche Rechte;

so kann die hier gemeinte Verjährung erst mit der nach dem Präclusions-Urtel erfolgenden Uebergabe des Nachlasses an den Fiscus beginnen.

In ähnlicher Weise nimmt in dem Falle, wo ein Verschollener für todt erklärt und dessen Nachlaß seinen legitimirten Erben ausgehändigt worden ist, eine dreißigjährige Verjährung mit dem Tage der rechtskräftigen Todes-Erklärung ihren Anfang, zu Gunsten des besitzenden Erben gemäß §. 582. Thl. II. Tit. 18. A. L. R. und der nach Ablauf dieser Verjährungsfrist sich meldende Verschollene kann vom Besitzer des Vermögens nur — soweit dasselbe dazu hinreicht — einen, nach seinem Stande nothdürftigen Unterhalt fordern. Sein Erbrecht hat er durch Verjährung verloren.

Hiernach widerlegt sich also die erhobene Nichtigkeits-Beschwerde.

Digitized by Google

№ 8.

Streit mehrerer Eigenthums-Prätendenten.

Ueber den Erwerb des Eigenthums durch Titel und körperliche Uebergabe, im Gegensatze der Uebergabe durch bloße Anweisung.

A. L. R. Thl. I. Tit. 10. §§. 22. 23., Tit. 7. §§. 74. 66—68.

Für den Fabrikanten K., zu W. im Königreiche Sachsen, lagerten im Jahre 1858 in Berlin bei dem Spediteur M. B. 18 Ballen Garn. K. verkaufte dieselben an den Kaufmann L. zu R. und setzte den Spediteur M. B. im November 1858 davon in Kenntniß. Nachdem am 9. Dezember 1858 der Concurs über das Vermögen des K. eröffnet worden war, hat dessen bisheriger Agent H. die 18 Ballen Garn nochmals und zwar an den Spediteur Br. in Berlin, als Bevollmächtigten des Hauses Hoffmann und Hurter zu B. in England, verkauft und den M. B. veranlaßt, das Garn an Br. zu übergeben.

Der Kaufmann L. nahm gegen diesen das Garn in gerichtlichen Anspruch. Als accessorischer Intervenient trat der Advocat B., als Vertreter der Concursmasse des K., und demnächst dessen Cessionar, der Kaufmann H., der Klage bei. Br. bestritt die Ansprüche des L., und benannte als Eigenthümer des Garns seine Machtgeber, die Kaufleute Hoffmann und Hurter. Die Letzteren assistirten ihm als Nominaten.

Durch das Erkenntniß des Stadtgerichts zu Berlin vom 18. Februar 1863 sind der Verklagte und dessen Nominaten verurtheilt, die 18 Ballen Garn an den Kläger L. gegen

Digitized by Google

Zahlung gewisser unstreitiger Speesen zum Betrage von 71 Thlr. 15 Sgr. herauszugeben. Dies Erkenntniß ist von dem Kammergerichte am 3. October 1864 bestätigt worden.

Der Appellations-Richter entschied den Streit unter Zugrundelegung der §§. 22. 23. Tit. 10. Thl. I. A. L. R. Er nahm an, daß der Kläger L. durch Kauf und Uebergabe des Garns das Eigenthum daran erlangt habe, noch ehe das Garn in den Besitz des Br. gelangt war.

Der Verklagte und die Nominaten, denen sich im Laufe des Processes als accessorischer Intervenient auch der Spediteur M. V. angeschlossen hatte, legten die Nichtigkeits-Beschwerde ein. Sie bezeichneten — abgesehen von einem zweiten hier nicht in Betracht kommenden Beschwerdepunkte — die §§. 58. 61. 66. ff. 74. Tit. 7., und die §§. 22. 23. Tit. 10. Thl. I. A. L. R. als verletzt und führten aus, daß die dem Kläger L. gewordene Uebergabe sich auf eine bloße Anweisung beschränkt habe.

Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat in der Sitzung vom 29. Mai 1865 die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe.

Streiten mehrere Prätendenten um das Eigenthum einer beweglichen Sache, wofür sie den Titel von einer und derselben Person ableiten, so gewährt der früher entstandene Titel ein Vorrecht. An diese Bestimmung des §. 22. Tit. 10. Thl. I. A. L. R. reiht sich der §. 23. mit den Worten an:

> Ist aber einem unter diesen mehreren Prätendenten der Besitz der Sache eingeräumt worden, so schließt dieser die Eigenthumsansprüche der Uebrigen aus, ohne Rücksicht auf die Zeit, wann dieselben entstanden sind.

Es sind am Schlusse des §. 23. zugleich die §§. 74. 75. 76. Tit. 7. allegirt. Die letzten beiden Paragraphen interessiren hier nicht, während der §. 74. Tit. 7. verordnet:

Digitized by Google

Der, welchem eine Sache körperlich übergeben worden, hat in Ansehung der aus dem Besitze entspringenden Rechte den Vorzug vor dem, welchem die Uebergabe bloß durch Anweisung oder durch Zeichen geschehen ist.

Fragt man, was das Gesetz unter einer Uebergabe durch bloße Anweisung versteht, so geben hierüber die §§. 66. 67. Tit. 7. Auskunft. Sie lauten:

§. 66. Wenn der, welcher die Sache im Namen des bisherigen Besitzers inne hat, von demselben angewiesen wird, den Besitz im Namen des neuen Besitzers fortzusetzen, so ist die Uebergabe vollzogen.

§. 67. Der Besitz der angewiesenen Sache oder Summe fängt von dem Augenblicke an, wo die Anweisung von dem neuen Besitzer angenommen worden.

Die Verbindung dieser beiden Paragraphen und der daran sich anschließende

§. 68.: Doch wird der Inhaber der angewiesenen Sache oder Summe dem neuen Besitzer erst von der Zeit an verantwortlich, da er die Anweisung in sichere Erfahrung gebracht hat; —

erklären mit Zuverlässigkeit, wie sich der Gesetzgeber den regelmäßigen Fall der Anweisung gedacht hat. Es ist unverkennbar eine schriftliche Anweisung an den Inhaber der Sache vorausgesetzt, welche der frühere Besitzer ausstellt und dem neuen Besitzer aushändigt. Mit der Annahme derselben durch den Letzteren fängt dessen Besitz an und ist die Uebergabe vollzogen. Es ist dann dem neuen Besitzer überlassen, die Anweisung dem bisherigen Inhaber vorzulegen und die Sache von ihm zu übernehmen oder ihn auch mit deren fernerer Gewahrsam zu beauftragen, falls derselbe sich hierzu verstehen will. (Entscheid. Bd. 12. S. 175.). Disponirt der neue Besitzer in solcher Weise über die Sache, so ist klar, daß sich

Digitized by Google

die Uebergabe nicht mehr in den Grenzen einer bloßen Anweisung des Besitzes befindet.

Folgt man nun dem Thatbestande, von welchem der Vorderrichter ausgeht, so hat K., nachdem er dem Kläger die streitigen Garne gültig verkauft hatte, den Inhaber derselben, M. V., unmittelbar angewiesen, die Gewahrsam für den Kläger fortzusetzen. Es ist dies, in dem Briefe vom 13. November 1858 geschehen und der Kläger hat seiner Seits bereits am 14. November 1858 über die Garne disponirt, indem er in einem unter diesem Datum an M. V. gerichtete Briefe letzteren veranlaßte, die in Rede stehenden Ballen Garne für ihn an St. und He. zu übersenden.

Nach dem Anerkenntnisse des M. V. ist er auch dem brieflichen Auftrage des Klägers nachgekommen. St. und He. haben jedoch die Garne nicht übernommen, was von M. V. dem Kläger am 17. November 1858 brieflich mit der Bitte, um weitere Bestimmung angezeigt worden ist.

Wenn der Vorderrichter bei solcher Sachlage gefolgert hat, daß der Kläger eine wirkliche körperliche Uebergabe erlangt habe, daß M. V. verantwortlicher Inhaber der Garne für den Kläger geworden sei und

daß die Dispositionen desselben, welche er erst später dem Ho. und Br. gegenüber traf, dem Kläger unnachtheilig seien, so verstößt er hierdurch gegen die bei dem ersten Beschwerdepunkte allegirten Gesetze nicht.

Die an den Kläger von K. geleistete Uebergabe hat sich auf eine bloße Anweisung im Sinne der §§. 66 ff. Tit. 7. Thl. I. A. L. R. nicht beschränkt. Sie ist zu einer körperlichen geworden und Br. hat die Garne von M. V. nicht mehr aus dem Besitze des K., sondern aus demjenigen des Klägers übereignet erhalten.

Digitized by Google

№ 9.

Gesetzliche Zinsen. — Verzugszinsen.

Ueber die rechtliche Natur derjenigen Zinsen, welche der Verkäufer im Falle des §. 116. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. bei, durch seine Schuld, verzögerter Uebergabe zu entrichten hat.

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §§. 109—116. 227. 228.

Mittelst Punktation vom 21. Mai 1853 verkauften der Verklagte Carl L. und seine inzwischen verstorbene Ehefrau das ihnen gemeinschaftlich gehörige Haus Nr. 176 zu G. nebst Brennerei, Stallgebäuden und allem Zubehör für 2960 Thlr. an den Kläger David B. Letzterer übernahm in Anrechnung auf den Kaufpreis die auf dem Grundstücke haftenden Hypotheken von zusammen 900 Thlr., zahlte der Abrede gemäß sofort 200 Thlr. und verpflichtete sich, weitere 800 Thlr. bei der auf den 1. August 1853 verabredeten Uebergabe, den Rest von 1050 Thlr. aber ein Jahr später, am 1. August 1854, zu zahlen. Am 1. August 1853 verweigerten die L.schen Eheleute die Anerkennung der Kaufpunktation und die Uebergabe des Grundstücks, sie wurden jedoch durch ein, in dritter Instanz bestätigtes Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Ratibor, vom 24. April 1854, verurtheilt mit dem Kläger einen gerichtlichen oder notariellen Kaufvertrag nach Maaßgabe und Inhalt der Punktation vom 21. Mai 1853 abzuschließen und demselben, gegen Empfang einer Kaufgelder-Abschlagszahlung von 800 Thlr., das Haus nebst Zubehör zu übergeben. In Folge dessen erkannten sie in einer notariellen Verhandlung vom 8. Mai 1855 die Punktation vom 21. Mai 1853 zwar

Digitized by Google

an, zur Uebergabe des Hauses kam es indessen nicht. Der Kläger verlangte nämlich, gestützt auf die Punktation, daß ihm auch eine Brennerei und ein Stallgebäude übergeben werde, und verweigerte, da eine Brennerei nicht vorhanden, das Stallgebäude aber von der Baupolizei eingerissen sei, einstweilen die bei der Uebergabe zu leistende Abschlagszahlung von 800 Thlr., auch hielt er sich zur Zahlung des Kaufgelderrestes von 1050 Thlr. erst ein Jahr nach der Uebergabe verpflichtet. Die L.'schen Eheleute erklärten dagegen, daß sie ein Brennereigebäude nicht zu übergeben brauchten, zur Uebergabe des Stallgebäudes in seinem jetzigen Zustande jedoch bereit seien, falls der Kläger sämmtliche noch rückständige Kaufgelder zahle. Im Jahre 1863 erhob der Kläger, nachdem sein Anerbieten, gegen Uebergabe des Hauses 1850 Thlr. zu zahlen, von den Verklagten abgelehnt war, die Judicats-Klage, in welcher er jenes Anerbieten wiederholte. Der Proceß wurde durch Erkenntniß vom 11. November 1863 zu seinen Gunsten entschieden und am 1. März 1864 wurde ihm, gegen Zahlung von 1850 Thlr., das Haus von den Verklagten übergeben.

Nunmehr forderte der Kläger von den am 21. Mai 1853 angezahlten 200 Thlr. für die Zeit vom 1. August 1853 bis zum 1. März 1864 sechs Procent Zinsen, als den in Schlesien landüblichen Satz, und beantragte:

die Verklagten zu verurtheilen, ihm 127 Thlr. Zinsen zu zahlen.

Die Verklagten hielten sich dagegen zur Verzinsung jener 200 Thlr. nicht für verpflichtet, weil dieselben ohne Vorbehalt gezahlt und sie berechtigt gewesen seien, die Uebergabe des Hauses bis zum Empfange der am 1. August 1853 und am 1. August 1854 fällig gewesenen Kaufgelderraten von 800 Thlr. und 1050 Thlr. zu verweigern, die Schuld der

Digitized by Google

verzögerten Uebergabe also hauptsächlich den Kläger treffe. Eventuell bestritten sie, daß der landübliche Zinsfuß in Schlesien mehr als fünf Procent betrage und baten, den Kläger principaliter gänzlich, eventualiter mit der Mehrforderung abzuweisen.

Das Kreisgericht zu Grottkau verurtheilte am 7. September 1864 die Verklagten, dem Kläger fünf Procent Zinsen von 200 Thlr. für die Zeit vom 1. August 1853 bis dahin 1854 und vom Tage der Klagebehändigung in dem Judicat-Processe an zu zahlen, wies aber den Kläger mit seiner Mehrforderung ab, weil die eingeklagten Zinsen Verzugszinsen seien, auf welche der sonst in Schlesien landübliche Zinssatz von sechs Procent keine Anwendung finde, und weil der mit dem 1. August 1853 eingetretene Verzug der L.schen Eheleute dadurch, daß der Kläger in Folge seiner nicht gerechtfertigten Weigerung, die rückständigen 1850 Thlr. zu zahlen, selbst in Verzug gekommen sei, mit dem 1. August 1854 beseitigt und erst mit dem Zeitpunkte wieder in Wirksamkeit getreten sei, wo die Verklagten durch Behändigung der Judicats-Klage von der Bereitwilligkeit des Klägers zur Zahlung der 1850 Thlr. Kenntniß erhalten hätten.

Gegen dieses Erkenntniß legte der Kläger die Appellation ein, und suchte auszuführen, daß die geforderten Zinsen nicht Verzugs-, sondern gesetzliche Zinsen seien, daß ferner die L.schen Eheleute durch ihre in der Verhandlung vom 8. Mai 1855 niedergelegte Erklärung, daß sie gegen Zahlung von 1850 Thlr. zur Uebergabe des Hauses bereit seien, von den Folgen ihres Verzuges nicht frei geworden seien.

Das Appellations-Gericht zu Ratibor änderte auch in seinem Erkenntniße vom 4. Januar 1865 das erste Erkenntniß ab, und verurtheilte die Verklagten zur Zahlung der eingeklagten Zinsen von 127 Thlr.

Digitized by Google

Der Appellations-Richter führte aus: Die Verklagten hätten die Verpflichtung, das empfangene Angeld von 200 Thlr. landüblich zu verzinsen, mit dem 1. August 1853 übernommen, weil sie die an diesem Tage stipulirte Uebergabe grundlos verweigert hätten. Von dieser Verpflichtung seien sie erst durch die am 1. März 1864 erfolgte Uebergabe frei geworden; denn dieselbe beruhe nicht auf der mora, sondern auf dem Grundsatze, daß keiner der Contrahenten wider den Willen des Anderen Sache und Kaufgeld zugleich nutzen dürfe, und habe deshalb in der Zwischenzeit nicht durch den angeblich eingetretenen Zahlungsverzug des Klägers, sondern nur durch Deposition, beseitigt werden können. Der landübliche Zinssatz betrage in Schlesien sechs Procent, der klägerische Anspruch sei also seinem ganzen Umfange nach gerechtfertigt.

Die Verklagten erhoben zwar noch die Nichtigkeits-Beschwerde; dieselbe ist jedoch durch das Erkenntniß des dritten Senates des Ober-Tribunales vom 10. Juli 1865 verworfen worden.

Gründe.

Die Imploranten werfen dem Appellations-Richter die Verletzung der §§. 109. 110. 111. 113. 116. 222. 227. 228. 291. 292. Tit. 11., §. 164. Tit. 5., §§. 22. 23. Tit. 16. Thl. I. A. L. R. und des im Präjudize Nr. 1029. (Sammlung der Präj. I. S. 86.) aufgestellten Rechtsgrundsatzes vor, weil er seine Entscheidung nicht von der Frage, ob und wie lange die Imploranten im Verzuge gewesen seien, abhängig gemacht habe. Dieser Vorwurf ist nicht gerechtfertigt.

Nach Vorschrift des §. 116. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. braucht der Verkäufer, wenn die Zahlung des Kaufgeldes ausdrücklich vor der Uebergabe bedungen, oder freiwillig ohne Vorbehalt geleistet ist, weder Zinsen zu zahlen, noch Nutzun-

Digitized by Google

gen zu berechnen, so lange die Uebergabe nicht durch seine Schuld verzögert wird. (vergl. die Entsch. Bd. 13. S. 178.). Seine Verpflichtung zur Verzinsung des Kaufgeldes, beziehungsweise zur Berechnung der Nutzungen, beginnt also in diesen Fällen erst mit dem Zeitpunkte, wo er mit der Uebergabe in Verzug kommt. Da nun in der Kaufpunktation vom 21. Mai 1853 festgesetzt ist, daß die Zahlung derjenigen 200 Thlr., deren Verzinsung der Kläger in dem gegenwärtigen Processe fordert, sofort, die Uebergabe des verkauften Hauses aber erst am 1. August 1853 erfolgen sollte, so kommt es also darauf an, ob die Uebergabe des Hauses durch die Schuld der Verkäufer verzögert worden ist. Dies stellt aber der vorige Richter fest, indem er eine mora, d. h. schuldbare Verzögerung, darin findet, daß die Verkäufer am 1. August 1853 die Uebergabe verweigert, und sogar die Gültigkeit der Punktation bestritten haben. Indem er unter dieser Feststellung die Imploranten zur Zahlung von Zinsen seit dem 1. August 1853 verurtheilt, verletzt er daher den §. 116. a. a. O. keinesweges.

Auch der weitere Angriff der Imploranten, soweit er sich auf die Annahme stützt, der Appellations-Richter habe seine Entscheidung zugleich von der Frage, wie lange die Imploranten im Verzuge geblieben seien, abhängig machen müssen, ist unbegründet.

Der §. 110. a. a. O. leitet die Verpflichtung des Verkäufers, das empfangene Kaufgeld bis zur Uebergabe der Sache landüblich zu verzinsen, aus der im §. 109. daselbst aufgestellten Regel her, daß keiner der Contrahenten wider den Willen des Anderen Sache und Kaufgeld zugleich nutzen darf. Vermöge dieser Regel tritt, falls der Käufer die Uebernahme verzögert, nur die Modification ein, daß der Verkäufer, statt der Verzinsung, zur Berechnung und Ausliefe-

Digitized by Google

rung der gezogenen Nutzungen sich erbieten kann. — §. 111. a. a. O. — Der §. 113. knüpft sodann an die mora tradendi des Verkäufers die Wirkung, daß der Käufer, statt der landüblichen, die höchsten, bei Personen seiner Classe zulässigen Zinsen fordern kann. Hieraus ergiebt sich, daß die auf Grund des §. 113. geforderten Zinsen, so weit sie das landübliche Maaß nicht übersteigen, zugleich auf der Regel des §. 109. beruhen und nur in so weit, als sie über das landübliche Maaß hinausgehen, eigentliche Zögerungszinsen sind. — Wenn nun der §. 116. vorschreibt, daß die in den §§. 110—115. geregelte Verbindlichkeit des Verkäufers zur Verzinsung des Kaufgeldes, beziehungsweise zur Berechnung der Nutzungen, falls die Zahlung des Kaufgeldes ausdrücklich vor der Uebergabe bedungen, oder freiwillig ohne Vorbehalt geleistet sei, nicht eintreten solle, so lange die Uebergabe nicht durch seine Schuld verzögert werde, so entspricht dies zwar nicht der Regel des §. 109., nach welcher vielmehr jene Verpflichtung des Verkäufers beginnen müßte, sobald die Uebergabe überhaupt verzögert wird, gleichviel, ob dies durch Schuld des Käufers oder durch Zufall geschieht, da aus der bedungenermaaßen oder freiwillig ohne Vorbehalt vor der Uebergabe geleisteten Zahlung nur gefolgert werden kann, daß der Käufer bis zu dem für die Uebergabe festgesetzten Tage in die alsdann voraussichtlich wegfallende gleichzeitige Nutzung der Sache und des Kaufgeldes durch den Verkäufer willige. Allein auf die rechtliche Natur der Zinsen, welche der Käufer seit dem Beginne der mora tradendi des Verkäufers fordern kann, hat die im §. 116. enthaltene Beschränkung der Regel des §. 109. keinen Einfluß; dieselben beruhen vielmehr auch in den Fällen, wo die Zahlung des Kaufgeldes, oder eines Theils davon, bedungenermaaßen, oder freiwillig, ohne Vorbehalt vor der Uebergabe erfolgt ist, zu-

Digitized by Google

gleich auf dem Grundsatze, daß keiner der Contrahenten wider den Willen des Anderen Sache und Kaufgeld zugleich nutzen darf. Der etwa hinzutretende Zahlungsverzug des Käufers kann deshalb nur die Wirkung haben, daß der Käufer für die Dauer seines Verzuges keinen Anspruch auf einen höheren, als den landüblichen Zinssatz hat.

Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in den analogen Vorschriften über die Verzinsungspflicht des Käufers. Letzterer ist nach §§. 227. 228. a. a. O. in allen Fällen, wo er die bei der Uebergabe baar bedungene Zahlung ohne rechtlichen Grund nicht leistet, zur Entrichtung von Zögerungszinsen seit dem Tage der Uebergabe verbunden, jedoch befugt, das Kaufgeld auf Gefahr und Kosten des Verkäufers gerichtlich niederzulegen, falls dieser die Annahme verabsäumt oder verweigert. Wenn nun nach dem in dem Präjudize 1029. aufgestellten Rechtsgrundsatze der Käufer, um sich von seiner Verzinsungspflicht zu befreien, von der ihm hier eingeräumten Depositionsbefugniß schlechterdings und selbst in dem Falle Gebrauch machen muß, daß der Verkäufer die Annahme des Kaufgeldes ohne erheblichen Grund verweigert, also auch seiner Seits in Verzug kommt, so ergiebt sich hieraus, daß die auf Grund des §. 227. a. a. O. zu entrichtenden Zinsen, obgleich sie ausdrücklich als Zögerungszinsen bezeichnet worden, dennoch nicht allein auf der mora, sondern zugleich auf der Regel des §. 109. beruhen, weil sie sonst nach der Vorschrift des §. 24. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. während der Dauer des Verzuges des Verkäufers nicht fortlaufen könnten.

Hiernach kann man die auf Grund des §. 116. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. geforderten Zinsen um so weniger als reine Zögerungszinsen ansehen, als sie in dem gedachten Gesetze selbst nicht als solche, sondern schlechthin als Zinsen bezeichnet sind. — In dem vorliegenden Falle fordert nun der Kläger

Digitized by Google

von dem bedungenermaaßen vor der Uebergabe gezahlten Angelde lediglich die landüblichen Zinsen, welche sich, wie bereits in der Entscheidung vom 28. October 1859 (Archiv für Rechtsfälle Bd. 35. S. 199.) angenommen worden, in Schlesien auf sechs Procent belaufen. Der Umstand, ob der Kläger durch seine Weigerung, die beiden letzten Kaufgelderraten von zusammen 1850 Thlrn. zu zahlen, selbst in Verzug gekommen ist und damit die Verklagten von ihrem Verzuge befreit hat, konnte mithin weder auf die Dauer, noch auf die Höhe des klägerischen Anspruchs von Einfluß sein und der Appellations-Richter begeht deshalb keine Nichtigkeit, wenn er seine Entscheidung nicht von der Frage abhängig macht, wie lange die Verklagten im Verzuge gewesen sind.

Die Beschwerde stellt sich hiernach als verwerflich dar.

№ 10.

Gewährleistung. — Guts-Lasten.

Ist die bezüglich eines bepfandbrieften Gutes von der Landschaft festgesetzte Einschränkung des Holzschlages Betreffs der Gewährleistung wie eine Gutslast zu behandeln?

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §§. 175. 183. 184., Tit. 20. §§. 441. 442.

Declaration des schlesischen Landschafts-Reglements vom 20. Februar 1775. Nr. XIV. (Rabe, Wesen der Pfandbriefe, Thl. I. Seite 211—212.)

Mittelst Vertrages vom 26. August 1863 verkaufte und übergab der Verklagte v. B. dem Kläger v. T. sein im

Digitized by Google

Kreise G. belegenes, von der Glogau-Sagan'schen Fürstenthums-Landschaft mit 20,850 Thlr. Pfandbriefen beliehenes Rittergut S., II. Antheils, für den Kaufpreis von 91,000 Thlr. Im §. 5. des Vertrages war festgesetzt:

> Der Verkäufer leistet dem Käufer die rechtliche Gewähr dafür, daß auf dem verkauften Gute nur die gemeinen und ortsüblichen Lasten und Abgaben, Einschränkungen und Lasten aus besondern Rechtstiteln aber nicht haften.

Eine derartige Einschränkung ist, wie Kläger behauptete und erst nach Abschluß des Vertrages erfahren haben wollte, vorhanden.

Der Vorbesitzer des Verklagten, Lieutenant K., soll nämlich im Weihnachtstermine 1857 auf sein Ansuchen von der Direction der Glogau-Sagan'schen Fürstenthums-Landschaft die Erlaubniß, ohne Pfandbriefsablösung einen Bestand von circa 77 Morgen Forstfläche abzuholzen, unter der Bedingung erhalten haben, daß er während der nächsten zehn Jahre in den Gutsforsten jeden ferneren Einschlag mit Ausnahme der Durchforstungen unterlasse. Dieser Bedingung habe sich K. unterworfen, worauf dann die Abholzung jener freigegebenen circa 77 Morgen erfolgt sei. Kläger hielt dafür, daß er an den diesfälligen Beschluß der Glogau-Saganschen Fürstenthums-Landschaft vom 21. December 1857 gebunden sei, weil er nach den mit Gesetzeskraft erlassenen Vorschriften des schlesischen Landschafts-Reglements und dessen Declaration vom 20. Februar 1775, und nachdem ihm jener Beschluß amtlich mitgetheilt worden, die sofortige Einleitung der Sequestration zu gewärtigen haben würde, falls er jenem Beschlusse zuwider handeln sollte.

In dieser Pflicht, sich des Einschlagens des Holzes zu enthalten und in der daraus angeblich entspringenden Nöthigung, sich alles zur Wirthschaft, sowie zum Betriebe der

Digitized by Google

herrschaftlichen Ziegelei, bis Weihnachten 1867 erforderliche Holz anderweitig anzukaufen, was ihm, oberflächlich geschätzt, etwa 2000 Thlr. Mehrkosten verursache, erblickte Kläger eine auf besonderem Titel beruhende Einschränkung im Gebrauche und der Nutzung seines Gutes. Indem er Beweis darüber antrat, seiner Seits dem Kaufcontracte durch Zahlung des Kaufgelderrestes von 21,000 Thlr. und resp. 5000 Thlr. genügt zu haben, forderte Kläger vom Verklagten Befreiung von der gedachten Einschränkung und Schadensersatz.

Demgemäß wurde der Verklagte durch den Contumacial-Bescheid des Kreisgerichts zu Grünberg vom 31. Mai 1864 verurtheilt.

Verklagter apellirte und forderte Abweisung des Klägers. Er wollte während seiner Besitzzeit von dem fraglichen Abkommen seines Vorbesitzers K. mit der Glogau-Sagan'schen Landschaft nichts gewußt haben, bestritt dies Abkommen selbst, event. auch, daß dasselbe dem Kläger erst nach dem Erwerbe des Gutes bekannt geworden sei. Auch den übrigen Klageantrag bestritt der Verklagte, event. vermißte er das Dasein einer auf dem Gute haftenden Einschränkung, zu deren Stipulation es nach seiner Ansicht der Eintragung in das Hypothekenbuch bedurft hätte. Ohne diese hätte das behauptete Abkommen nur ein persönliches Rechtsverhältniß zwischen K. und der Landschaft begründet, könnte also von letzterer weder gegen ihn, noch gegen Kläger geltend gemacht werden.

Dem K. hat der Verklagte zum Zwecke seines Regresses im Falle des Unterliegens in diesem Processe litem denuncirt. Dieser erkannte zwar die Befugniß des Verklagten, sich an ihn zu regressiren, noch nicht an, wollte demselben aber in der Hauptsache assistiren. Er räumte das vom Kläger behauptete Verbot des Einschlagens für zehn Jahre, von

Digitized by Google

Weihnachten 1857 ab, sowie die Thatsache ein, daß er mit Bewilligung der Landschaft zwei zu dem Gute gehörige Holzparcelen eingeschlagen habe. Dagegen verlangte auch er Abweisung des Klägers, denn das Verbot der Landschaft habe durchaus keine Beschränkung für ihn enthalten, weil damals in der S.er Forst weitere forstwirthschaftlich schlagbare Kieferholz-Parcelen nicht mehr vorhanden, auch innerhalb der nächsten zehn Jahre nicht in Aussicht gewesen seien. Danach habe das fragliche Verbot augenscheinlich nur bezweckt, die Forst vor einer etwaigen Devastation zu schützen und sei in einer solchen Maaßregel eine Dispositionsbeschränkung um so weniger zu finden gewesen, als die Landschaft ihn trotz des Verbotes niemals gehindert habe, nach wie vor seinen Holzbedarf für die Wirthschaft alljährlich aus der Forst zu entnehmen. Das zum Betriebe der Ziegelei erforderliche Holz habe er stets gekauft, was wirthschaftlich und namentlich forstwirthschaftlich geboten gewesen sei.

Der Kläger, welchem die Beantwortung der Litisdenunciation nicht mitgetheilt war, hielt sich seine Erklärung darüber bevor und überreichte ein von den Gegnern in forma producta anerkanntes Schreiben der Glogau-Saganer Fürstenthums-Landschafts-Direction vom 27. September 1864, worin gesagt wird, „daß durch den Fürstenthums-Beschluß vom 22. December 1857 der Gutsherrschaft von S. II. Antheils, ohne Rücksicht auf den jedesmaligen Besitzer dieses Guts, jeder Holzeinschlag, mit Ausnahme der Durchforstung, während der nächsten zehn Jahre von Weihnachten 1857 ab untersagt worden sei.

Ohne Beweisaufnahme erkannte das Appellations-Gericht zu Glogau am 5. November 1864, unter Abänderung des erstrichterlichen Urtels, auf Abweisung des Klägers, indem Folgendes ausgeführt wurde:

Digitized by Google

Die §§. 175. 183. 184. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R., mit welchen die §§. 47—50. Tit. I. der Hypotheken-Ordnung correspondirten, enthielten Bestimmungen über Gewährleistung für die auf dem Grundstücke haftenden Lasten, Privatschulden und Verbindlichkeiten bei Kaufsgeschäften. Dem diesfälligen Wortlaute entsprechend, habe Verklagter dem Kläger dafür Gewähr geleistet, daß auf dem von ihm an jenen verkauften Gute nicht mehr Schulden, als im Kaufvertrage angegeben worden, und im Uebrigen nur die gemeinen und ortsüblichen Lasten und Abgaben, nicht aber Einschränkungen und Lasten aus besonderen Rechtstiteln, haften. Dem Sinne jener gesetzlichen Vorschriften gemäß und weil bei Auslegung von Willenserklärungen zunächst die gewöhnliche Bedeutung der Worte und Zeichen maaßgebend sei (§. 65. Thl. I. Tit. 4., §. 252. Thl. I. Tit. 5. des A. L. R.) könne die Erklärung des Verklagten nicht anders gedeutet werden, als daß er für alle durch besondere Rechtstitel auf das Gut gelegten und das Gut, als solches, belastenden Einschränkungen habe haften wollen. Derartige Einschränkungen aber setzten solche Rechte voraus, welche in der Regel den Werth des Guts vermindern und welche entweder wie vorbehaltene Wohnungs- und Nutzungsrechte, an sich dinglicher Natur seien und deshalb zur Geltendmachung gegen Dritte der Eintragung ins Hypothekenbuch nicht bedürfen (§. 137. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R.), oder erst durch diese Eintragung die Eigenschaft eines dinglichen Rechts erlangten. Handele es sich blos um ein, einem Dritten gegen die Person des zeitigen Besitzers zustehendes Recht, so sei dem Gute eine Beschränkung nicht auferlegt und dessen Werth nicht vermindert, der spätere Erwerber überkomme dasselbe ohne Beschränkung, es sei denn einmal, daß das persönliche Recht, ein Recht zur Sache sei, d. h.

Digitized by Google

das Geben oder das Gewähren einer bestimmten Sache zum Gegenstande habe (§. 124. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R.) und demnächst, daß der Eigenthümer des Guts überführt werden könne, daß ihm zur Zeit der Besitznahme das Recht zur Sache bekannt gewesen sei — (§§. 2. 5. Thl. I. Tit. 19. A. L. R.) — unter welchen Voraussetzungen aber wiederum nur er, nicht sein mit der Einschränkung unbekannter Besitznachfolger, dieser Beschränkung unterworfen sei, so daß von einer auf dem Gute haftenden Beschränkung nicht die Rede sein könne.

In gleichem Sinne fasse auch die Hypotheken-Ordnung die Einschränkungen des Eigenthums oder der Disposition auf, indem sie dieselben in dem §. 50. Tit. I. und §§. 109. 112. Tit. II. als Realverbindlichkeiten resp. auf der anderen Seite als auf das Gut gelegte, das Gut belastende Realrechte, bezeichne. Eine mit dem erkauften Gute dinglich verbundene Einschränkung aber liege hier nicht vor. An den Vorbesitzer des Verklagten, den Litisdenunciaten, wäre Seitens der Fürstenthums-Landschaft die von ihm angenommene Anweisung ergangen, während eines (jetzt noch laufenden) Zeitraums von zehn Jahren sich jedes ferneren Einschlags des Holzes mit Ausnahme der Durchforstung zu enthalten. Allerdings sei hierdurch das Eigenthum des Litisdenunciaten in Bezug auf die Nutzung der Forsten für eine bestimmte Zeit eingeschränkt, (§. 21. Thl. I. Tit. 8. des A. L. R.), aber dieser Theil des Eigenthums auf einen Anderen nicht übertragen worden und das Gut selbst unbelastet geblieben, — (§§. 1 ff. Thl. I. Tit. 19. A. L. R.) — Die Landschaft habe nicht ein dingliches, sondern ein persönliches Recht erworben, welches im §. 123. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R. als die Befugniß definirt werde, von dem Verpflichteten zu fordern, daß er etwas geben, leisten, verstatten

Digitized by Google

oder unterlassen solle, es wäre dieses Recht nicht einmal ein Recht zur Sache (ein Titel zur Erwerbung eines dinglichen Rechts), weil es nicht das Geben oder die Gewährung einer bestimmten Sache zum Gegenstande hatte (§§. 124. 133. 134. a. a. O.). Diese Natur eines rein persönlichen Rechts werde dadurch nicht geändert, daß dasselbe im Interesse des bereits bestehenden Hypothekenrechts der Landschaft constituirt worden und ebensowenig dadurch, daß nach dem schlesischen Landschafts-Reglement vom 9./15. Juli 1770 §. 41. und der Declaration desselben vom 20. Februar 1775 Nr. XIV. XVI. XVII. (Rabe, Sammlung Preußischer Gesetze Bd. 11. S. 116. 211. 212.) der Landschaft für den Fall der Nichtbefolgung jener Anweisung Seitens des Litisdenunciaten etwa die Befugniß zugestanden haben würde, das Gut zur Sequestration zu stellen. Eine derartige Befugniß sei in den §§. 441. 442. Thl. I. Tit. 20. A. L. R. jedem Hypothekengläubiger für den Fall beigelegt, daß der Besitzer des verpfändeten Guts durch erhebliche Verringerungen der Substanz die Sicherheit des Gläubigers schmälere.

Ob Kläger an das an den Litisdenunciaten erlassene Verbot gebunden sei, und ob er, falls er dasselbe unbeachtet lasse, die Sequestration des Gutes gewärtigen dürfe, sei hier nicht zu erörtern, es genüge in Bezug auf den vorliegenden Rechtsstreit festzustellen, daß es sich nicht um eine auf dem Gute haftende Einschränkung handele, mithin der Fall der Gewährleistungspflicht Seitens des Verklagten nicht eingetreten sei.

Auf die gegen diese Entscheidung vom Kläger eingelegte Revision hat der dritte Senat des Ober-Tribunales am 8. Mai 1865 das Appellations-Erkenntniß bestätigt.

Gründe.

„Wenn" — so heißt es in der Declaration des Schlesischen

Digitized by Google

Landschafts-Reglements vom 20. Februar 1775 unter Nr. XIV. — „der Besitzer eines bepfandbrieften Gutes ein höheres Quantum Holz, als sein jährliches Anschlagsquantum beträgt, auf einmal zu debitiren, seinem Vortheil gemäß erachten sollte, so darf er dies nicht eigenmächtig thun, sondern er muß zuvor davon der Landschaft Anzeige machen,

welche ihm dann seinen Vortheil dabei wahrzunehmen, zwar nicht hinderlich fallen, je dennoch aber nach gehörig untersuchter Beschaffenheit der Umstände bestimmen wird, wie lange und in welchem Verhältnisse er seinen Wald in den folgenden Jahren hinwiederum zu schonen habe, um die Proportion des Ganzen, welche zur Conservirung des Waldes nothwendig ist, wiederum herzustellen."

Die citirte Bestimmung paßt genau auf den hier vorliegenden Fall und enthält eine aus der, für Jedermann aus dem Hypothekenbuche ersichtlichen Bepfandbriefung folgende Sicherungsbefugniß des landschaftlichen Creditverbandes.

Die von der Landschaft gegen den Vorbesitzer K. getroffene Anordnung ist deshalb ihrer Natur nach eine solche im Interesse der auf dem bezüglichen Gute haftenden Pfandbriefe vereinbarte Maaßregel, keineswegeS aber eine dem Gute auferlegte, von der Pfandbriefsschuld unabhängige Last, für welche eine Vertretung zu leisten wäre. Darin kann auch die der Landschaft eventuell zustehende gesetzliche Befugniß, sofort Sequestration einzuleiten, Nichts ändern. Mit Recht stellt der zweite Richter diese Befugniß mit dem, jedem Hypothekengläubiger in den §§. 441 und 442. Tit. 20. Thl. I. A. L. R. gegebenen Rechte auf dieselbe Stufe. Beide Befugnisse bezwecken dem Principe nach dasselbe, nämlich die Sicherung und den Schutz des Hypothekenrechtes gegen Benachtheiligungen von Seiten des Pfandschuldners und der einzige Unterschied zwischen den gesetzlichen Befugnissen der

Digitized by Google

Schlesischen Landschaft und denjenigen des bloßen Hypothekengläubigers besteht lediglich darin, daß jene formell, wie materiell, weiter gehen: formell, in sofern die Landschaft selbstständig und ohne Weiteres Sequestration verhängen kann, während der Hypothekengläubiger erst die Hülfe des Richters in Anspruch nehmen muß; materiell, in sofern die Landschaft schon wegen bloßer „schlechter Wirthschaft", „unwirthschaftlichen Gebahrens," „Walddevastationen" u. s. w. einschreiten kann, während das fragliche Recht des Hypothekengläubigers erhebliche Verringerungen der Substanz zur Voraussetzung hat.

Indem hiernach die Annahme des zweiten Richters, daß es sich in dem vorliegenden Rechtsstreite nicht um eine, auf dem Gute haftende Last handle, an sich zutreffend ist, ergiebt sich die Hinfälligkeit der geforderten Gewährleistung und damit die Bestätigung des Urtels zweiter Instanz, welches den Klageanspruch zurückweist, von selbst.

№ 11.

Wiederkauf.

Wird dadurch, daß der Wiederkaufsberechtigte in einen vom Wiederkaufspflichtigen vorgenommenen Verkauf einiger von den, dem Wiederkaufe gegen einen im Ganzen bestimmten Preis unterworfenen, Grundstücken willigt und in Betreff dieser auf sein Wiederkaufsrecht Verzicht leistet, ohne wegen der übrigen etwas Weiteres zu verabreden, auch in Betreff dieser übrigen Grund-

Digitized by Google

stücke die Ausübung des Wiederkaufsrechts unmöglich gemacht?

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §§. 296. 299.

Mittelst notariellen Vertrages vom 24. September 1860 haben die Eheleute R. den Eheleuten W. mehrere Immobilien für 8400 Thlr. verkauft und sich ein Wiederkaufsrecht auf sechs Jahre vorbehalten. Die Eheleute W. verkauften mittelst Vertrages vom 1. October 1860 zwei von diesen Grundstücken für 4000 Thlr. an Wo. mit Bewilligung der Eheleute R., welche bezüglich dieser beiden Grundstücke in diesem Vertrage auf ihr Wiederkaufsrecht Verzicht leisteten, ohne etwas Weiteres zu erklären. Wegen der übrigen Grundstücke wollen die Eheleute R. jetzt das Wiederkaufsrecht ausüben. Die Verklagten haben deren Befugniß hierzu an sich zuerst nicht bestritten, und haben beide Theile Berechnungen angelegt, welche gleichmäßig davon ausgehen, daß den Verklagten zu Gute gehe, was sie von dem Kaufgelde der 8400 Thlr. wirklich berichtigt haben, den Klägern dagegen zu Gute gehe, was den Verklagten von den von Wo. versprochenen 4000 Thlr Kaufgeldern wirklich zugeflossen ist. Die beiderseitigen Berechnungen gehen aber darin von verschiedenen Behauptungen aus, was die Verklagten von den 8400 Thlr. berichtigt haben, und was ihnen von den 4000 Thlrn. zugeflossen sei, und kommen darum zu verschiedenen Resultaten.

Kläger verlangen neben Rückgabe der an Wo. nicht verkauften Grundstücke, gegen Entbindung der Verklagten von den im Vertrage vom 24. September 1860 übernommenen Hypothekenschulden, Herauszahlung von 1373 Thlr. 2 Sgr. 4 Pf. an sie, die Kläger, wogegen die Verklagten zu dem Resultate kommen, daß ihnen die Kläger noch 3980 Thlr. zu zahlen haben. Weil Kläger diese Summe nicht baar offerirt

Digitized by Google

haben, so haben Verklagte auf Abweisung der Klage angetragen.

Das Kreisgericht zu Dortmund hat auch am 15. September 1863 die Kläger mit ihrer Klage abgewiesen. Im mündlichen Verfahren zweiter Instanz behauptete der Anwalt der Verklagten, daß die Kläger durch die im Vertrage vom 1. October 1860 ausgesprochene Verzichtleistung auf das Wiederkaufsrecht bezüglich der in diesem Vertrage verkauften Immobilien, überhaupt auf das Wiederkaufsrecht in seinem ganzen Umfange verzichtet, die Ausübung desselben wenigstens unmöglich gemacht hätten. Letzteres hat, weil es nun an jedem Anhalte zur Bestimmung des Wiederkaufspreises für die übrigen Grundstücke fehle, das Appellations-Gericht zu Hamm in seinem Erkenntnisse vom 8. April 1864 angenommen und deshalb das erste Erkenntniß bestätigt.

Auf die von den Klägern eingelegte Nichtigkeitsbeschwerde hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 27. Februar 1865 das Appellations-Erkenntniß vernichtet, aus folgenden

Gründen.

Da in dem Kaufcontracte vom 24. September 1860 ein besonderer Wiederkaufspreis nicht festgesetzt worden ist, so kommt der §. 296. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. zur Anwendung, wonach das Wiederkaufsrecht dahin auszuüben ist, daß die Sache dem Verkäufer von dem Käufer für eben den Preis, welchen er dafür erhalten hat, zurückgegeben werden muß. Gerade diesen erhalten aber die Verklagten für die sämmtlichen im Vertrage vom 24. September 1860 ihnen verkauften Immobilien, wenn sie, nachdem sie zwei Parcellen davon am 1. October 1860 an den Handelsmann Wo. für 4000 Thlr. verkauft, und Kläger bezüglich dieser Parcelen auf das Wiederkaufsrecht Verzicht geleistet haben, jetzt von den Klägern, gegen Zurückgabe der übrigen Grundstücke, den

Digitized by Google

Kaufpreis vom 24. September 1860, nach Abzug dessen, was sie für die an Wo. verkauften Parcelen, wirklich schon baar oder sonst erhalten haben, ausgezahlt erhalten. Auch wenn der Käufer die dem Wiederkaufe unterworfene Sache durch Veräußerung eines Pertinenzstückes einseitig vermindert hat, wird nach §. 299. ebendas. das Wiederkaufsrecht aufrecht erhalten, dem Wiederkäufer muß aber der Abgang vergütet werden, das heißt: es bleibt an sich der für das Ganze rechtlich begründete Wiederkaufspreis maaßgebend, doch muß, weil der Wiederkäufer nicht das Ganze zurückempfängt, ihm für das Fehlende eine näher zu ermittelnde Vergütung werden. Im Wesentlichen bleibt der Grundsatz derselbe in dem Falle, wo das Pertinenzstück (oder ein Theil der Sache) mit Zustimmung des ursprünglichen Verkäufers veräußert, und wo von diesem bezüglich dessen auf das Wiederkaufsrecht Verzicht geleistet worden ist. Nur auf die Höhe der Vergütung muß seine Zustimmung und Verzichtleistung Einfluß haben. Ist diese Verzichtleistung, wie im vorliegenden Falle, einfach und ohne alle näheren Maaßgaben abgegeben worden, so muß daraus hergeleitet werden, daß er keine andere Vergütung für das nun Fehlende verlangen kann, als die, welche für dasselbe dem Käufer geworden ist. Unter Anrechnung dieser dem Ankäufer und nunmehrigen Wiederkäufer gewordenen Vergütung auf den Wiederkaufspreis bleibt dieser derselbe, der für das Ganze ursprünglich feststand. Diese richtige Ansicht ist es auch, von welcher nach den vom ersten und vom zweiten Richter mitgetheilten Erklärungen in den Schriften beider Instanzen beide Theile ausgegangen sind. Die vom Anwalte der Verklagten im mündlichen Verfahren zweiter Instanz aufgestellte entgegengesetzte Ansicht ist unrichtig, und, indem der Appellations-Richter dieselbe näher dahin ausführt, daß durch die Verzichtleistung des Klägers auf das

Digitized by Google

Wiederkaufsrecht bezüglich der zwei an Wo. veräußerten Parcelen der ursprüngliche Wiederkaufspreis für das Ganze aufgehört habe, maaßgebend zu sein, und es an jedem Anhalt zur Bestimmung des Wiederkaufpreises für die dem Wiederkaufsrechte noch unterworfenen Parcelen fehle, hat er die §§. 296. 299. a. a. O. verletzt. Sein Erkenntniß muß daher vernichtet werden.

Die Sache selbst ist zur Erörterung der gegenseitigen Behauptungen erster Instanz zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückgewiesen worden.

№ 12.

Cession der Police einer Lebensversicherungs-Gesellschaft.

Wenn die Police einer Lebensversicherungs-Gesellschaft cedirt wird, muß dann die Cession allemal, ohne Unterschied der Summe, schriftlich erfolgen, und hängt in einem solchen Falle von der Schriftlichkeit der Cession deren Gültigkeit ab?

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §§. 376. 377. 394. 395. 398. Erkenntniß vom 12. December 1845. (Entscheid. Bd. 14. S. 237).

Der Kläger, Wirthschafter S., ist Erbe seiner am 14. Juni 1863 verstorbenen Ehefrau. Letztere hatte ihr Leben bei der Leipziger Lebensversicherungs-Gesellschaft in Höhe von 100 Thlr. versichert, und war von dem Kläger durch Revers vom 22. October 1862 zur Verfügung über die hierdurch erworbenen Rechte ermächtigt. Inhalts einer

Digitized by Google

vom 10. Juni 1863 datirten, von dem Schiedsmanne T. aufgenommenen Verhandlung verkaufte sie die „Versicherung“ an die Verklagte Wittwe T., für 36 Thlr. und erkannte 21 Thlr. bereits auf den Kaufpreis erhalten zu haben. Diese Verhandlung, in welcher die Erklärungen der Contrahenten als „Vergleich“ bezeichnet sind, ist von den Contrahenten nur unterkreuzt. Der Kläger behauptet, daß sich die Verklagte schon vorher, ohne seine Zustimmung, in den Besitz der Police dadurch gesetzt gehabt habe, daß sie dieselbe bei dem Hausbesitzer Z., welchem die Police als Faustpfand für ein Darlehn von 6 Thlr. Seitens der Ehefrau E. übergeben gewesen, mittelst Zahlung der Schuld eingelöst habe, daß aber auch die Veräußerung der Police an die Verklagte rechtsunverbindlich sei. In dieser Beziehung führte der Kläger aus, daß die Schiedsmanns-Verhandlung ihrem Inhalte nach unvollständig, und außerdem um deßhalb rechtsungültig sei, weil sie einen Vergleich nicht enthalte und demzufolge ihre Aufnahme außerhalb der schiedsmännischen Competenz läge, weil sie ferner ein unrichtiges Datum trage, indem ihre Aufnahme wenige Stunden vor dem Tode seiner Erblasserin stattgefunden habe; weil ferner, obgleich letztere schreibenskundig gewesen, die Unterzeichnung nur mittelst Kreuzen erfolgt sei, und endlich, weil seine Genehmigung fehle. Auch bestritt der Kläger die Zahlung der 21 Thlr. Nachdem inzwischen die Verklagte die Versicherungssumme ausgezahlt erhalten hatte, beantragte Kläger, die Verklagte zur Zahlung von 100 Thlr. nebst fünf Procent Zinsen seit dem Tage der Auszahlung der Versicherungssumme zu verurtheilen.

Die Verklagte trug, unter Berufung auf das Schiedsmanns-Protocoll vom 10. Juni 1863 und den Revers des Klägers vom 22. October 1862, auf Zurückweisung der Klage an, wurde jedoch von der periodischen Gerichtsdeputa-

Digitized by Google

tion zu Reinerz durch Erkenntniß vom 12. Januar 1864 nach dem Antrage des Klägers verurtheilt.

Der erste Richter nahm an, die Klage sei als Vindication begründet, und Verklagte zur Herauszahlung der an die Stelle der vindicirten Police getretenen Versicherungssumme verpflichtet, weil die Abtretung der durch die Police verbrieften Rechte zur Gültigkeit der schriftlichen Form bedurft habe; folglich, wenn die klägerische Erblasserin des Schreibens kundig und mächtig gewesen sei, schriftlich, und anderen Falles gerichtlich oder notariell, hätte geschehen müssen; die Urkunde vom 10. Juni 1863 aber diesen Erfordernissen mit Rücksicht darauf, daß Analphabeten vor dem Schiedsmanne nicht contrahiren könnten, nicht entspreche, und daher der Verklagten höchstens die Rechte einer unrechtfertigen Besitzerin habe verleihen können.

Die Verklagte appellirte, weil der Kläger nicht abgewiesen worden. Sie behauptete nunmehr, daß sie durch Zahlung der 6 Thlr. an den Hausbesitzer Z. eine Schuld der klägerischen Erblasserin getilgt habe, und suchte zunächst die Ansicht zu rechtfertigen, daß die Klage als Vindication nicht begründet sei, weil die Erblasserin des Klägers, den Statuten der Versicherungs-Gesellschaft gemäß, durch die Zeichnung der Versicherung das Eigenthum oder den Besitz an der Police nicht erworben habe, die Rechte aus der Versicherung vielmehr auf sie, die Verklagte, dadurch übergegangen seien, daß sie die Police bei dem Agenten der Gesellschaft eingelöst und die erste Jahresprämie gezahlt habe, sowie, weil die Police, als Papier auf den Inhaber, der Vindication nicht unterliege. Auf diese Eigenschaft der Police stützte Verklagte zugleich die Behauptung, daß sie durch die Uebergabe der Police schon deren Eigenthümerin geworden sei.

Der Kläger wies noch darauf hin, daß die Klage nicht

Digitized by Google

allein als Vindication angestellt sei, sondern zugleich auf der Rechtsunverbindlichkeit des von seiner Erblasserin mit der Verklagten geschlossenen, die Veräußerung der Police betreffenden Vertrages beruhe.

Nach Vernehmung des Schiedsmannes T. erkannte das Appellations-Gericht zu Breslau unterm 22. November 1864 auf Abänderung des ersten Urtels dahin, daß Kläger mit seiner Klage angebrachtermaaßen abzuweisen.

Der Appellations-Richter ging davon aus, daß der Klageantrag auf die materielle und formelle Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts vom 10. Juni 1863 gestützt sei. Die Behauptung der materiellen Ungültigkeit erachtete er auf Grund des Reverses vom 22. October 1862, in welchem die Genehmigung der Police-Veräußerung Seitens des Klägers enthalten sein soll, für hinfällig. In formeller Beziehung nahm er an, daß zur Rechtsverbindlichkeit des bezüglichen Geschäfts es der schriftlichen Form nicht bedurft habe.

Gegen diese Entscheidung hat Kläger das Rechtsmittel der Nichtigkeits-Beschwerde ergriffen. Der vierte Senat des Ober-Tribunals hat in der Sitzung vom 11. Juli 1865 auf Vernichtung des Appellations-Urtels und in der Sache selbst noch nicht definitiv erkannt.

Gründe.

Der Appellations-Richter führt aus, daß die Schiedsmanns-Verhandlung vom 10. Juni 1863 zwar nicht als gültiger Schiedsmanns-Act, auch nicht als schriftlicher Vertrag behandelt werden könne, daß es aber zur Rechtsverbindlichkeit des bezüglichen Geschäfts — möge man dasselbe als Kauf oder Cession ansehen — der schriftlichen Form nicht bedurft habe, weil das Object nur 36 Thlr. betragge und die Bestimmung des §. 394. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. nur dem debitor cessus gegenüber Bedeutung habe, der Cedent

Digitized by Google

aber sich auf dieselbe nicht berufen könne. Dieser Rechtssatz soll sich aus den §§. 395. 398. a. a. O., auf deren Citirung sich der Appellations-Richter beschränkt, ergeben.

Dem betreffenden Angriffe in der Nichtigkeits-Beschwerde war der Erfolg nicht zu versagen.

Es verordnet der §. 394.:

> Wird eine Schuldforderung, worüber briefliche Urkunden vorhanden sind, cedirt, so muß auch die Cession allemal, ohne Unterschied der Summe, schriftlich erfolgen.

Nach seinem Wortlaute enthält dieses Gesetz eine kathegorische Formvorschrift und bei gleichzeitiger Erwägung, daß sich im §. 393. ebendas., verbunden mit §. 1. Tit. 5. a. a. O.; die Vertragsnatur der Cession ausgedrückt findet, und daß nach §. 109. das. zur Gültigkeit eines Vertrages die im Gesetze vorgeschriebene Form gehört, kann die fragliche Bestimmung nur dahin aufgefaßt werden, daß im vorausgesetzten Falle von der Schriftlichkeit der Cession deren Gültigkeit bedingt ist.

Eine Andeutung davon, daß die Schriftlichkeit der Cession nur ein einseitiges Erforderniß sein, ihre Unterlassung nur gegen den Cedenten wirken und dieser sich auf ihren Mangel dem Cessionar gegenüber zu berufen, nicht befugt sein solle, ist weder im §. 394. Tit. 11. a. a. O. noch in einer anderen Gesetzes-Vorschrift enthalten. Namentlich gestatten die folgenden §§. 395—398. solche Auslegung nicht. Im Gegentheile wird durch diese Paragraphen jene Auffassung des §. 394. bestätigt.

Gemäß §. 376. ebendas. setzt der Cessionsact, trotz seiner eigenen Vertragsnatur, eine vorangegangene Vereinbarung über seine Vollziehung voraus und wird im §. 377. als Uebertragung des cedirten Rechts bezeichnet. Die Wirkung der Cession, als Rechtsübereignung, basirt hiernach auf zwei

Digitized by Google

Verträgen. Und wenn auch diese der Regel nach, in einem Geschäftsabschlusse zusammen fallen, so kann doch unter Umständen die Verschiedenheit ihres rechtlichen Characters von Bedeutung sein.

Wenn über eine cedirte Forderung briefliche Urkunden nicht existiren, der Fall des §. 394. also nicht vorliegt, so gelten die allgemeinen Formbestimmungen der §§. 131 ff. l. c. Sofern also die Forderung nicht über 50 Thlr. beträgt, genügt die mündliche Form sowohl für den Cessionsvertrag, als auch für den Cessionsact selbst. Letzterer entbehrt aber der vollen Wirkung. Denn der Cessionar wird durch nur mündliche Cession nicht berechtigt, von dem Schuldner die Zahlung zu verlangen, und dieser wird, wenn er freiwillig Zahlung leistet, durch dieselbe einem dritten redlichen Inhaber der Forderung gegenüber von seiner Schuldverbindlichkeit nicht befreit. Die Schriftlichkeit der Cession ist daher auch in solchem Falle wesentlich. Sie muß auch hier hinzutreten, um den ganzen Effect der Eigenthumsübertragung an den abgetretenen Rechten hervorzubringen. Es vertritt also bei Abtretung von Rechten nur der schriftliche Cessionsact die Tradition körperlicher Sachen. — §. 1. Tit. 10. §§. 1. 9. Tit. 8. a. a. O. —

Existirt ein Schulddocument über die cedirte Forderung, liegt also der Fall des §. 394. Tit. 11. a. a. O. vor, so muß, abgesehen von der Schriftlichkeit der Cession, die Uebergabe des Instruments, beziehungsweise die Abschreibung der cedirten Summe auf diesem stattfinden. Beides — Schriftlichkeit der Cession und diese Uebergabe oder Abschreibung — muß zusammentreffen, um den obgedachten Effect hervorzurufen. Es genügt hierzu namentlich nicht die Uebergabe des Instruments allein, gleich einer symbolischen Tra-

Digitized by Google

dition — §§. 62 ff. Tit. 7. a. a. O. — Alles dies bestimmen die §§. 395—397. Tit. 11. ebendaselbst.

Dieselben anerkennen danach die Wesentlichkeit der schriftlichen Abfassung des Cessionsactes, indem ihnen gemäß stets der Cessionar einer schriftlichen Cession bedarf, um die Erfüllung der, den abgetretenen Rechten gegenüberstehenden, Verbindlichkeit erzwingen zu können. Demgemäß kann es sich nur fragen: ob zur Erreichung dieses Zweckes der Cessionar gesetzlich befugt ist, bei nur mündlich erfolgter Cession die Umgestaltung des Cessionsactes in die schriftliche Form von dem Cedenten zu verlangen? Dieser Anspruch setzt jeden Falls die Rechtsverbindlichkeit des vorausgegangenen Cessionsvertrages voraus. — §. 86. der Einleitung zum Allg. Landrecht. —

Wenn nun der §. 394. Tit. 11. Thl. I. A. L. R., welcher — wie aus seiner Fassung und seinem Anschlusse an den §. 393., der den nothwendigen Inhalt des Cessionsgeschäfts behandelt, hervorgeht — auf das Rechtsverhältniß zwischen Cedenten und Cessionar und die Form des Cessions-Geschäfts überhaupt, somit auf den Cessionsact in Verbindung mit dem Cessionsvertrage, also auf beide Rechtsgeschäfte sich bezieht, vorschreibt, daß beim Vorhandensein brieflicher Urkunden über die Schuldforderung deren Abtretung schriftlich geschehen müsse, so muß für den Fall, daß solche Urkunden vorhanden sind, die oben hervorgehobene Frage unbedingt verneint werden, wenn man dem §. 394. nicht alle rechtliche Bedeutung absprechen will. Im Anschlusse nämlich an den §. 397., wonach den Schuldner (debitor cessus) bei Vernachlässigung der Bestimmungen der §§. 395. und 396. die Zahlung nicht liberirt, verordnet der §. 398. Der Cedent aber muß die Zahlung wider sich gelten lassen,

Digitized by Google

wenn die von ihm an den Empfänger wirklich geleistete Cession auch nur auf andere Art erwiesen werden kann. Nach ihrem Inhalte und ihrem Zusammenhange mit §. 397., welcher ausdrücklich nur auf die §§. 395. 396., nicht auch auf §. 398., verweist, steht die Vorschrift des §. 398. zu der des §. 394. in keiner Beziehung; es wird also auch von ihr das Rechtsverhältniß zwischen dem Cedenten und Cessionar nicht berührt. Andererseits kann der fraglichen Vorschrift nur für den Fall, wo die gesetzlichen Formen der Cession nicht beobachtet sind, Erheblichkeit beigemessen werden. Denn im entgegengesetzten Falle versteht es sich von selbst, daß der Cedent die Handlungen und Leistungen des Cessionars und des Schuldners anerkennen muß; insbesondere bestimmt der §. 397., wie schon erwähnt, daß — außer im Falle des §. 394. — der Mangel schriftlicher Form dem Schuldner nur das Recht entzieht, den Einwand der Zahlung einem dritten redlichen Inhaber der Forderung entgegenzusetzen. Für jenen Fall der Nichtbeachtung der gesetzlichen Formvorschriften aber — zu denen die Bestimmung des §. 394. selbstredend gehört — anerkennt das Gesetz nur die eine, im §. 398. bestimmte Wirkung der Cession, welche sich auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Cedenten und debitor cessus beschränkt, auch keineswegs auf einer theilweisen oder relativen Rechtsverbindlichkeit des Cessionsgeschäfts beruht, sondern lediglich eine Anwendung der Grundsätze von dem Einflusse des bösen Glaubens (der mala fides) auf Rechtsverhältnisse zum Ausdrucke bringt; denn es ist die Thatsache der Zahlung, wodurch die fr. Wirkung hervorgerufen wird, weil diese Zahlung als von dem Cedenten selbst veranlaßte Leistung betrachtet werden muß.

Hiernach gewähret bei Nichtbeachtung der für die Cession vorgeschriebenen Form — und zwar ohne Unterscheidung

Digitized by Google

zwischen den betreffenden allgemeinen Vorschriften und der Bestimmung des §. 394. — der §. 398. nur den Einwand der Unredlichkeit (exceptio doli) und auch diesen nur dem debitor cessus; dem Cessionar namentlich ist ein Recht, dem Aufrufe der Cession wegen Formmangels Seitens des Cedenten zu widersprechen, nicht verliehen.

Als Resultat aus dieser Erörterung der §§. 395.—398. a. a. O. ergiebt sich der Grundsatz, daß der §. 394., weil er nicht als illusorische Bestimmung angesehen werden kann, zu denjenigen Formvorschriften, von welchen der §. 109. Tit. 5. das. handelt, gerechnet werden, und deshalb angenommen werden muß, daß die Rechtsverbindlichkeit der Cession beim Vorhandensein brieflicher Urkunden über die cedirte Forderung von der Schriftlichkeit bedingt wird.

Im Wesentlichen stimmt hiermit die Motivirung der Ober-Tribunals-Erkenntnisse vom 16. November 1854 (Archiv für Rechtsfälle Bd. 14. S. 327.) und vom 12. December 1845 (Entscheid. Bd. 14. S. 237. ff.) überein.

Indem der Appellations-Richter durch seine entgegengesetzte Auslegung der §§. 394. 395. und 398. Tit. 11. a. a. O. dahin geführt worden ist, den §. 394. auf den vorliegenden Fall nicht zur Anwendung zu bringen, hat er hierdurch diese Gesetzesvorschrift unmittelbar und den §. 109. Tit. 5. ebendas. mittelbar verletzt, und es mußte daher seine Entscheidung vernichtet werden. (§. 4. Nr. 1. der Verordnung vom 14. December 1833). Dieselbe wird auch dadurch nicht gehalten, daß es der Appellations-Richter dahin gestellt sein läßt, ob der zwischen der Erblasserin des Klägers und der Verklagten geschlossene Vertrag vom 10. Juni 1863 als Kauf oder Cession zu behandeln sei.

Für den Charakter des Kaufs ist nichts angeführt, und wenn man dem Appellations-Richter unterstellen wollte, den

Digitized by Google

fraglichen Vertrag als Kauf aufgefaßt zu haben, so würde ihn der in der Nichtigkeits-Beschwerde erhobene Vorwurf eines Verkennens des rechtlichen Characters und der Natur des vorliegenden Rechtsgeschäfts unter Verletzung des §. 376. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. treffen — (Nr. 9. der Instruction vom 7. April 1839) — weil jener Vertrag unzweifelhaft die Abtretung obligatorischer Rechte zum Gegenstande hatte, und aus dem citirten Paragraphen in Verbindung mit den ihm nachfolgenden Paragraphen hervorgeht, daß solche Rechtsveräußerung nach den Bestimmungen über Cession behandelt werden soll.

In der Sache selbst war dem Appellations-Richter darin beizutreten, daß das Protocoll vom 10. Juni 1863 nicht als Schiedsmannsact, auch nicht als gültiger schriftlicher Vertrag angesehen werden kann, weil die Aufnahme desselben außerhalb des Bereichs der schiedsmännischen Competenz liegt (§. 6. der Instruction vom 1. Mai 1841), bezüglich, weil die Unterschriften der Contrahenten fehlen, (§§. 116. 172. Tit. 5. Thl. I. A. L. R.), daß anderer Seits aber die materiellen Anfechtungsgründe des Klägers hinfällig sind. Wenn man auch nicht mit dem Appellations-Richter den Inhalt des Reverses vom 22. Juni 1862 als „Genehmigung" des fraglichen Vertrages bezeichnen will, so kann ihm doch die Geltung einer ehemännlichen Einwilligung im Sinne des §. 196. Tit. 1. Thl. II. A. L. R. nicht abgesprochen werden. Die Behauptung des Klägers, daß der Vertrag unrichtig datirt sei, ist offenbar unerheblich, weil Kläger selbst aus dieser angeblichen Unrichtigkeit keine Folgen herleitet, welche die Gültigkeit des Vertrages in Zweifel stellen könnten. Und die Ansicht des Klägers endlich, daß die Erklärungen der Contrahenten unzulänglich seien, ist unrichtig, weil in diesen Erklärun-

Digitized by Google

gen die Erfordernisse des §. 393. Tit. 11. Thl. I. A. L. R. enthalten sind.

Danach entbehrt der fragliche Vertrag nur wegen Mangels der schriftlichen, beziehlich der notariellen, oder gerichtlichen Form, der Rechtsverbindlichkeit und hieraus folgt, daß Kläger zwar nicht an denselben gebunden ist, der Kläger aber der Verklagten die Rechte des redlichen Besitzes zugestehen muß. — §. 163. Tit. 5. a. a. O.

Diese Rechte sind von der Verklagten eventuell geltend gemacht; auch hat der Appellations-Richter die Erhebung des bezüglichen Beweises bereits durch Resolut vom 16. Juni 1864 Nr. III. 2. vorbereitet.

Zur Aufnahme dieses Beweises und demnächstigen anderweiten den Kostenpunkt mitumfassenden Entscheidung war sonach die Sache in die zweite Instanz zurückzuweisen. — §. 17. der Verordnung vom 14. December 1833. —

№ 13.

Recht zur Erhebung der Altentheils-Prästationen.

Ein, einem Altentheils-Berechtigten bestellter Abwesenheits-Curator kann die fällig gewordenen Altentheils-Prästationen nur in sofern einklagen, als er nachzuweisen vermag, daß der Altentheils-Berechtigte den Eintritt der Fälligkeit erlebt hat. Präjudiz Nr. 2740. A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §. 602.

Auf dem Grundstücke Nr. 35. zu Z. steht für die G.schen Eheleute ein Ausgedinge (Altentheil) mit dem Bei-

Digitized by Google

satze eingetragen, daß bei dem Tode eines Ehegatten dem Ueberlebenden die Hälfte verbleiben solle.

Der Ehemann ist seit dem Jahre 1857 verschollen, und der ihm bestellte Abwesenheits-Curator hat, zusammen mit der Ehefrau, im Jahre 1862 gegen den Altentheils-Verpflichteten die seit dem Jahre 1857 fällig gewordene Hälfte der Altentheils-Prästationen im Wege der Klage gefordert, resp. beantragt, denselben zur Zahlung des Werths zur Curatelmasse des Verschollenen zu verurtheilen.

Der Verklagte machte dagegen den Principal-Einwand geltend, daß die Kläger das Leben des Verschollenen zur Zeit eines jeden Fälligkeits-Termins der Auszugs-Prästationen nachweisen müßten. Der erste Richter, das Kreisgericht zu Posen, erachtete diesen Einwand nicht für begründet und verurtheilte durch Erkenntniß vom 1. Juni 1864 den Verklagten nach dem Klageantrage. Das Appellations-Gericht daselbst änderte dagegen am 3. November desselben Jahres das erste Erkenntniß ab und wies die Klage zurück.

Die Nichtigkeits-Beschwerde ist vom zweiten Senate des Ober-Tribunals unterm 23. Mai 1865 verworfen worden, aus folgenden

Gründen:

Nach §. 602. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. heißen Auszug oder Altentheil diejenigen Vortheile, welche der Uebernehmer einer Rusticalstelle dem vorigen Besitzer zu seiner Versorgung auf Lebenszeit anweist. Zweck des Rechtsinstituts ist mithin die Verpflegung des Altsitzers, und Gegenstand des Altentheils sind die, in bestimmten Fristen wiederkehrenden Leistungen. Bei jeder einzelnen derselben muß jener Zweck aber erreichbar sein, d. h. sie muß zur Zeit der Fälligkeit zur Versorgung des Altsitzers wirklich dienen, beziehungsweise so dienen können, wie der Altentheils-Vertrag voraussetzt.

Digitized by Google

Dem Altsitzer muß mithin die Empfangnahme der, rechtlich ein Ganzes bildenden, Prästationen möglich sein, und wenn er sich der Versorgung in der festgesetzten Art ohne Grund freiwillig entzieht und in eine Lage versetzt, bei welcher es demnächst ungewiß wird, ob er die Prästation überhaupt noch erheben kann, ob er namentlich nicht bereits verstorben ist, so hat sein Curator und auch ein Anderer ein Recht zur Klage wegen verweigerter Gewährung des Altentheils und es kann dafür von Niemandem eine Entschädigung gefordert werden.

Eine selbstverständliche Voraussetzung des Anspruches auf jede einzelne Altentheilsleistung ist daher auch, daß der Altsitzer zur Zeit der Fälligkeit noch am Leben ist, und wenn derselbe solche nicht persönlich fordert und dadurch sein Leben an den Tag legt, vielmehr ein Dritter, auch selbst ein Abwesenheits-Curator, sie für ihn beansprucht, so muß dieser zugleich nachweisen, daß der Altsitzer zu jener Zeit am Leben war, also von der Versorgung noch Gebrauch machen konnte. Dadurch nur ist der Anspruch zu begründen.

Der Appellations-Richter hat daher, indem er von gleichen Grundsätzen ausgegangen, den §. 602. Tit. 11 Thl. I. A. L. R. so wenig verletzt, als die §§. 270. 271. Tit. 5. Thl. I. A. L. R., welche von der Erfüllung der Verträge sprechen.

Ist es auch richtig, daß der Tod eines Altentheils-Berechtigten in Beziehung auf das Recht an sich und in seiner Gesammtheit die Natur einer auflösenden Bedingung einnimmt; so ist es doch ebenso richtig, daß in Beziehung auf die einzelne Hebung das noch fortdauernde Leben zugleich als Suspensiv-Bedingung angesehen werden muß, deren Eintritt derjenige zu beweisen hat, welcher die einzelne Hebung

Digitized by Google

in Anspruch nimmt. Die §§. 101. und 114. Tit. 4. Thl. I. A. L. R. sind also nicht verletzt.

Alles dies folgt aus der Natur einer Forderung, welche nicht eine unbedingt fortdauernde ist, also als solche auf die Erben übergeht, welche vielmehr mit dem Tode des Berechtigten untergeht, also nur von einem lebenden Berechtigten, resp. für einen solchen geltend gemacht werden kann. Unerheblich ist es aber, daß der bestellte Abwesenheits-Curator für den Fall der nachzuweisenden Existenz einer Forderung den Verschollenen zu vertreten befugt wäre.

№ 14.

Persönliche Verpflichtung zur Gewährung von Altentheils-Prästationen.

Durch die vertragsmäßige Bestellung eines Altentheils wird der Constituent desselben über die Zeit seines Besitzes des Grundstücks hinaus, auf welchem das Altentheil haftet, nur in sofern persönlich verpflichtet, als dies in dem Altentheils-Vertrage ausdrücklich verabredet ist.

Hierdurch wird das Präjudiz des zweiten Senats vom 8. April 1856 Nr. 2665. aufgehoben, jedoch der in dem Präjudiz desselben Senats vom 11. October 1853 Nr. 2479. anerkannte Rechtssatz nicht berührt. Präjudiz Nr. 2739.

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §. 602.

Digitized by Google

Im Jahre 1856 verkauften Kläger ihre bäuerliche Nahrung. Der Käufer übernahm unter Anderm, den Verkäufern auf deren Lebenszeit ein Ausgedinge zu gewähren. Er verkaufte aber das belastete Grundstück anderweit im Jahre 1862. Der neue Erwerber blieb mit Ausgedinge-Leistungen, welche sich aus seiner Besitzzeit herschrieben, im Rückstande. Die Kläger erhoben nunmehr Klage auf Gewährung dieser Rückstände und zwar gegen den neuen Erwerber und derzeitigen Besitzer des Grundstücks, als den ihnen dinglich verhafteten Schuldner, gegen ihren Käufer aber als den ihnen persönlich verpflichteten Contrahenten.

Beide Verklagte wurden nach dem Klageantrage verurtheilt. Der jetzige Besitzer des belasteten Grundstücks beruhigte sich bei der ergangenen erstinstanzlichen Entscheidung. Der mitverklagte Vorbesitzer aber appellirte zwar, allein das erste Erkenntniß wurde am 15. September 1864 von dem Appellations-Gerichte zu Insterburg bestätigt.

Nunmehr legte der mitverklagte Vorbesitzer des Grundstücks die Nichtigkeits-Beschwerde ein und der zweite Senat des Ober-Tribunals vernichtete auch die Appellations-Entscheidung am 6. April 1865 und erkannte zugleich in der Sache selbst auf die Appellation des Mitverklagten, daß Kläger mit ihrem gegen diesen gerichteten Klageantrage abzuweisen seien. Die

Gründe,

welche sich auf die Entscheidung in der Hauptsache beziehen und dem oben aufgestellten Präjudize zur Unterlage dienen, lauten dahin:

Unter den Parteien ist lediglich darüber Streit:

ob der Verklagte, welcher ursprünglich das Altentheil übernommen hat, für diejenigen Rückstände, welche in die Be-

Digitized by Google

sitzzeit des neuen Erwerbers des belasteten Grundstücks fallen, persönlich verhaftet ist?

Diese Frage muß nach der rechtlichen Natur des Altentheils verneint, mithin das zweite Erkenntniß vernichtet und unter Abänderung der ersten Entscheidung die gegen den Mitverklagten W. gerichtete Klage zurückgewiesen werden.

Wie das Altentheil rechtlich zu qualificiren sei, ist bekanntlich eine unter den Lehrern des gemeinen Rechts streitige Frage. Für die Praxis des Ober-Tribunals aber ist dieselbe durch den Plenarbeschluß vom 8. Januar 1855 zum Abschluß gelangt. (cfr. Präjudiz Nr. 2593. Samml. II. S. 19.). Nach den Motiven dieses Beschlusses, welche in den Entscheidungen (Bd. 29. S. 310.) veröffentlicht worden sind, ist das Altentheil, mag es bestehen in vorbehaltenen, mit dem Besitze verbundenen, Wohnungs- und anderen Nutzungsrechten des Berechtigten, oder in Leistungen des Verpflichteten, seiner innerlichen Bestimmung zufolge ein Ganzes und in allen seinen Bestandtheilen unmittelbar dinglicher Natur, mit einem Worte, das Altentheil ist eine Reallast. Aus dem Charakter der Reallast, als eines dinglichen Rechts, ergiebt sich aber

1. daß die dingliche Verbindlichkeit auf jeden Besitzer der belasteten Sache übergeht, daß sie von demselben anerkannt und erfüllt werden muß.

Es ist indessen durch mannigfache Entscheidungen des Ober-Tribunals nachgewiesen worden, daß dergleichen dingliche Verbindlichkeiten, wenngleich deren dingliche Eigenschaft nicht durch die Eintragung in das Hypothekenbuch erzeugt wird, doch nach den besonderen Vorschriften des Preußischen Rechts dem dritten Besitzer durch die Eintragung erkennbar gemacht werden müssen, und daß ein solcher ohne erfolgte Eintragung für dergleichen Verbindlichkeiten nur dann verhaftet wird,

Digitized by Google

wenn ihm die Existenz derselben bei der Erwerbung des belasteten Grundstücks bereits bekannt war.

Die Richtigkeit dieser Sätze ist unter anderen in folgenden Entscheidungen klar gelegt worden:

a. des Geheimen Ober-Tribunals vom 29. Januar 1848 (Entsch. Bd. 16. S. 202.)

b. des dritten Senats vom 29. November 1849 (Bd. 18. S. 321.)

c. des zweiten Senats vom 16. Februar 1854 (Bd. 27. S. 280.) und

d. desselben Senats vom 8. April 1856 (Bd. 32. S. 348.)

Aus dem dinglichen Charakter der Reallast folgt aber auch weiter

2., daß der Berechtigte gegen Jeden, welcher sein dingliches Recht verletzt, eine dingliche Klage hat.

Auch hierbei kann es auf den Erwerbungsgrund nicht ankommen, eben so wenig, wie solches der Fall ist bei dem Eigenthumsrecht oder bei anderen dinglichen Rechten, wenigstens nicht im Allgemeinen, und soweit die Gesetze nicht etwa an einen besonderen Erwerbungsgrund besondere rechtliche Folgen geknüpft haben. Läßt sich die Erwerbungsart auf einen Vertrag zurückführen, so können dem Veräußerer aus demselben zwar auch persönliche Verbindlichkeiten erwachsen, aber nur in Beziehung auf die Gewährleistung für die Existenz und Beschaffenheit der den Gegenstand des Vertrages ausmachenden dinglichen Rechte. Der Verkäufer einer Sache kann persönlich dafür verantwortlich sein, daß der Käufer dieselbe als sein Eigenthum besitzen, nutzen und darüber verfügen könne. Allein die aus dem Eigenthume hervorgehenden Rechte, sofern sie von Anderen verletzt werden, hat der Verkäufer nicht zu vertreten. Ebenso verhält es sich mit der vertragsmäßigen Constituirung eines anderen Realrechts.

Digitized by Google

Auch hier geht die Verpflichtung des Veräußerers nur auf Gewährung des dinglichen Rechts, nicht aber auf Entschädigung, wenn das gewährte dingliche Recht von dem dinglich Verpflichteten verletzt wird.

Aus der Constituirung der Reallast läßt sich daher eine persönliche Verpflichtung des Constituenten, wonach er principaliter zu erfüllen, oder, sei es solidarisch, sei es subsidiär, dafür aufzukommen hätte, wenn der dinglich Verhaftete das constituirte Recht verletzt, in keiner Art ableiten. Allerdings ist es selbstverständlich, daß es in der Willkühr der Contrahenten liegt, auch eine derartige persönliche Verbindlichkeit neben der aus der Natur des Geschäfts allein folgenden dinglichen, zu vereinbaren.

Mit Recht hat daher der zweite Senat in der Entscheidung vom 26. April 1855 (Archiv für Rechtsfälle Bd. 16. S. 349.) den Satz verworfen:

> daß der Besteller einer Reallast und insbesondere eines Altentheils über die Zeit seines Besitzes hinaus noch für dieselbe verantwortlich sein solle und vermöge einer abgesondert bestehenden persönlichen Hauptverbindlichkeit auch nach erfolgter Veräußerung des belasteten Grundstücks wegen solcher in Anspruch genommen werden könne.

Nimmt man aber an, daß die vertragsmäßige Errichtung einer Reallast und insbesondere die Bestellung eines Altentheils eine persönliche Verbindlichkeit des Constituenten an sich noch nicht begründet, so muß das von dem zweiten Senate unterm 8. April 1856 aufgestellte unter Nr. 2665. eingetragene Präjudiz, in welchem das Gegentheil ausgesprochen wird, aufgehoben werden, und zwar unter Verwerfung der hierfür in den Entscheidungen Bd. 32. S. 345. geltend gemachten Motive.

Allerdings ist noch die Frage zu stellen:

Digitized by Google

ob der Besitzer der belasteten Sache, gleichviel, ob er Constituent der Reallast ist, oder nicht, nicht wenigstens für die in seine Besitzzeit fallenden Leistungen dem Berechtigten persönlich verpflichtet werde?

Im vorliegenden Falle kommt es zwar hierauf nicht an, weil es sich um solche Leistungen hier nicht handelt. Es mag jedoch darauf hingewiesen werden, daß diese Frage in dem Präjudize des zweiten Senates vom 11. October 1853 Nr. 2479. (Samml. II. S. 34.) mit den Worten:

Der Besitzer eines mit Reallasten behafteten Grundstücks ist auch nach Veräußerung desselben für die in seine Besitzzeit fallenden Rückstände persönlich verhaftet;

bejahet und eine solche Beantwortung der Frage nach Bd. 26. S. 311. der Entscheidungen um deshalb für richtig erkannt worden ist, weil die Uebertragung des Besitzes die Verknüpfung desselben mit bestimmten Personen, als allein an sich leistungsfähigen Rechtssubjecten, für den zeitigen Besitzer und Repräsentanten des Grundstücks zugleich ein obligatorisches Rechtsverhältniß begründet, aus welchem seine persönliche Verpflichtung, die während seines Besitzes fällig werdenden einzelnen Abgaben und Leistungen dem Berechtigten zu prästiren und das dem correspondirende Forderungsrecht des Letzteren hervorgeht.

№ 15.

Darlehne der Vorschuß-Vereine.

1) Finden die Vorschriften, welche die Ueberschreitung des gesetzlichen Zinsfußes verbieten (§§. 803. bis 811 Thl. I. Tit. 11. A. L. R.), An-

Digitized by Google

wendung auf die statutenmäßigen Stipulationen, wodurch den Mitgliedern von Vorschuß-Vereinen bei einem ihnen aus der Vereinscasse gegebenen Darlehne gewisse Beiträge zum Verwaltungs-Fonds, auch auf den Fall nicht prompter Rückzahlung, aufgelegt werden?

2) In wiefern können Cassirer solcher Vereine dieselben im Processe vertreten?

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §§. 803—811.

In Paderborn besteht ein so genannter Vorschuß-Verein, dessen Rendant K. Namens desselben gegen ein Mitglied des Vereins, Tischlermeister H., Klage erhoben hat auf ein Darlehn von 500 Thlr. nebst einem Pfennig pro Thaler für jede Woche, seit dem Verzuge, vom 4. April 1863 ab. Es war über das Darlehn von dem H. ein Schuldschein am 4. Juli 1863 ausgestellt nach einem gedruckten Formular, worin der Empfang dieses baaren Vorschusses aus der Casse des Vereins und die Rückzahlung an denselben am 4. August desselben Jahres versprochen wird, worauf es weiter heißt:

Zugleich verpflichte ich mich, 8 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. für den empfangenen Vorschuß sofort als Zuschuß zu den Verwaltungs-Zinsen und Reservefonds des genannten Vereins nach den Bestimmungen des Statuts abzuführen und unterwerfe mich für den Fall, daß ich die festgesetzten Zahlungtermine nicht pünktlich inne halten sollte, der sofortigen Einziehung, nach Befinden Einklagung des ganzen Restes meiner Schuld, indem ich insbesondere vom Eintritte des Verzuges ab, einen Pfennig von jedem angefangenen Thaler dieses Restes auf jede begonnene Woche

Digitized by Google

als Zuschuß zu dem obigen Fond mit einzuzahlen verspreche.
Paderborn 4. Juli 1863.

Unter dem Scheine befindet sich ebenfalls nach gedrucktem Formular folgender Bürgschaftsschein des Rentners E.:

Endesunterschiebener verbürge mich hiermit für die obige Darlehnsschuld des Tischlermeisters H. an den Cassirer des hiesigen Vorschuß-Vereins im Betrage von 500 Thlr. und verpflichte mich, im Falle, der Schuldner nicht pünktlich zahlt, den Gläubiger wegen der ganzen Forderung, einschließlich der bedungenen Zinsen und Provision und des bedungenen Cassenzuschusses von einem Pfennige pro Thaler und Woche, sowie der durch die Einklagung und Einziehung entstehenden Gerichtskosten und Mandatarien-Gebühren aus meinen eigenen Mitteln zu befriedigen.

Der Verklagte ist nicht erschienen. Der adcitirte Bürge E. widersprach für Verklagten der Klage nur in sofern, als durch den geforderten einen Pfennig Zuschuß mehr als fünf Procent Zinsen stipulirt seien, was den Gesetzen zuwiderlaufe.

Das Kreisgericht zu Paderborn hat am 11. Februar 1864 den Verklagten nach dem Klageantrage verurtheilt. Der Adcitat appellirte dagegen und bestritt nun auch die Activlegitimation, da der Rendant K. zur Vertretung des Vorschuß-Vereins im Processe nicht befugt sei.

Der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Paderborn bestätigte unterm 10. September 1864 das erste Urtel.

Die hiergegen von dem Adcitaten E. erhobene Nichtigkeits-Beschwerde ist am 11. Juli 1865 von dem vierten Senate des Ober-Tribunals zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Die vorliegende Klage ist für den Paderborner Vorschuß-Verein von dem Rendanten desselben K. angestellt. Die Gründe, aus welchen der Appellations-Richter die vom Ad-

Digitized by Google

citaten in zweiter Instanz bestrittene Activlegitimation an und für sich für begründet hält, können, sowie die dagegen sub I. der Nichtigkeits-Beschwerde erhobenen Angriffe eines Verstoßes gegen §§. 114—136. Thl. II. Tit. 6. des A. L. R., §§. 33. 35. 36. Tit. 1. Thl. I. der A. G. O. dahin gestellt bleiben, da der Appellations-Richter noch einen zweiten Grund beigefügt hat. Dieser besteht darin, daß in dem Schuldscheine des Verklagten H. sowohl, als in dem Bürgscheine des Adcitaten E. der „Cassirer des Vorschuß-Vereins Herr K." als derjenige genannt wird, der das Darlehn von 500 Thlr. gegeben und an den es wieder zurückzuzahlen sei, daher dem Adcitat in dieser Urkunde selbst den Cassirer des Vorschuß-Vereins als zur Einziehung und Einklagung der Forderung für den Verein legitimirt anerkannt habe. Dieser Grund stellt sich weder als ein Verstoß gegen Art. 3. Nr. 1. der Declaration vom 6. April 1839 dar, noch unterliegt derselbe dem Vorwurfe einer Verletzung gegen §. 5. Nr. 10b. der Verordnung vom 14. December 1833, da er vielmehr dem Inhalte des Schuld- und Bürgscheines völlig entspricht. Eben so wenig passen auf diese lediglich auf einer concreten Urkunde gestützte Erwägung die auch hier wiederholten Angriffe, daß §§. 114—136. Thl. II. Tit. 6. des A. L. R., §§. 33., 35., 36. Tit. 1. Thl. I. der A. G. O. verletzt seien.

In der Sache selbst hat der Adcitat und Implorant nur gegen die ausgesprochene Verurtheilung zur Zahlung von einem Pfennig von jedem Thaler des Darlehns und für jede Woche vom 4. August 1863 (den Eintritt des Verzuges) ab, Einwendung gemacht, indem er sich nur zur Zahlung von fünf Procent Zinsen verbindlich erachtet, mit Bezug auf §§ 803., 804., 810., 811. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R., deren Verletzung dem Richter vorgeworfen wird.

Auch diese Beschwerde ist unbegründet. Nach dem Schuld-

Digitized by Google

scheine vom 4. Juli 1863 verpflichtete sich der Schuldner H.:

8 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. für den empfangenen Vorschuß sofort als Zuschuß zu den Verwaltungs-Zinsen und Reserve-Fonds des genannten Vereins nach den Bestimmungen des Statuts abzuführen.

und versprach

vom Eintritte des Verzuges ab, einen Pfennig von jedem angefangenen Thaler dieses Restes (der Schuld) auf jede begonnene Woche als Zuschuß zu obigem Fonds mit einzuzahlen

und die Bürgschaft des Adcitaten erstreckt sich auch

einschließlich des bedungenen Cassen-Zuschusses von einem Pfennig pro Thaler und Woche.

Diese Sätze stimmen mit dem §. 8. des gedruckten Statuts des nach der Feststellung des Appellations-Richters notorisch in Paderborn bestehenden Vorschuß-Vereins überein, und da sie in dem Schuldscheine als statutenmäßige bezeichnet sind, so kommt es nicht darauf an, daß der Adcitat jenes Statut nicht hat anerkennen wollen, wobei er übrigens nähere Motivirung unterlassen hat.

Der Appellations-Richter hat, ohne auf den Inhalt der gedachten Statuten weiter Rücksicht zu nehmen, unangefochten angenommen, daß die Existenz eines Verwaltungs-Zinsen- und Reservefonds bei dem Verein sich schon aus dem Schuldscheine ergebe, daß solche Vereine, um Vorschüsse geben zu können, Darlehne aufnehmen und verzinsen, einen Reservefond zur Deckung unvorhergesehener Ausgaben anlegen, Verwaltungs-Ausgaben machen müssen, welche Ausgaben selbstverständlich die Societäts-Mitglieder zu decken haben, wofür denn auch das, was von den Zuschüssen nicht nothwendig verwendet wird, ihnen nicht verloren gehe.

Ferner stellt der Richter fest, daß der Anleiher H. Mit-

Digitized by Google

glied des Vorschuß-Vereins sei, wie denn solche Vereine nur an Mitglieder Darlehne zu geben pflegen, — was in dem Paderborner Statute vorgeschrieben ist. Der Richter schließt hieraus, daß der stipulirte Zuschuß etwas ganz Anderes sei, als Zinsen des Anleihers an den Darleiher.

Bei diesem Sachverhältnisse können die gedachten Zuschüsse nur als Beiträge erachtet werden, welche ein Societätsmitglied statutenmäßig unter gewissen Eventualitäten zu den Zwecken der Gesellschaft und zu dem Fond derselben zu leisten sich verpflichtet und welche ihm selbst als Miteigenthümer des Fonds durch die mögliche Dividende, jedenfalls durch die Verbesserung des Gesellschafts-Vermögens zu Gute kommen. Auf vertragsmäßige Societätsbeiträge beziehen sich die Zinsenbeschränkungs-Gesetze nicht. Zwar ist es richtig, daß von denjenigen Gesellschafts-Mitgliedern, welche Darlehne entnehmen, außer den gleich in Abzug zu bringenden und den im Falle nicht pünktlicher Rückzahlung zu leistenden Zuschüssen zum Fond, keine Zinsen zu bezahlen sind, daß diese Zuschüsse also nur in Beziehung auf das Darlehn, dessen Gebrauch dem Societätsmitgliede eingeräumt wird, gegeben werden. Auch bilden diese Zuschüsse einen „Vortheil" für die Gesellschaft. Dessen ungeachtet passen die §§. 803. und 810. hier nicht. Denn wenn der §. 810. sagt:

> Jeder Gewinn und Vortheil, den sich der Gläubiger von dem Schuldner für das Darlehn vorbedingt, hat die Natur der Zinsen,

so wird hierbei der reine obligatorische Nexus zwischen dem Gläubiger und Schuldner vorausgesetzt. Dieses Verhältniß erleidet im vorliegenden Falle dadurch eine Modification, daß der Schuldner nicht bloß Schuldner, sondern als Mitglied des Vorschuß-Vereins, auch vorschießender Gläubiger ist, daß jeder Beitrag zum Gesellschaftsfond, den er leistet, zu den

Digitized by Google

Zwecken der Gesellschaft geschieht, und eventuell auch sein eigener Vortheil ist, da er ihm eventuell bei einer Dividendenzahlung zu Gute kommen kann.

Hiernach war auch bei diesem Punkte die Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuweisen.

№ 16.

Nachforderung von Verzugszinsen bei Quittungen über das Capital.

Können Verzugszinsen besonders eingeklagt werden, wenn das Capital ohne vorgängigen Proceß gezahlt und bei der Empfangnahme und Quittungsleistung Seitens des Gläubigers dieselben auch nur mündlich vorbehalten sind, oder der Gläubiger zur Ausstellung einer Quittung ohne Vorbehalt durch den Schuldner dolose verleitet worden ist?

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §§. 843– 848.

Entscheid. Bd. 11. S. 3., Bd. 26. S. 270., Bd. 29. S. 13.

Mittelst Vertrages vom 17. October 1858 hat der Verklagte das Grundstück G. Nr. 3. von den Klägern gekauft. Am 1. Februar 1859 sollten auf die rückständig gebliebenen Kaufgelder 3000 Thlr. gezahlt werden. Der Verklagte hat diese Zahlung erst am 10. December 1859 geleistet und die Kläger verlangen 129 Thlr. Verzugszinsen für den Zeitraum vom 1. Februar bis 10. December 1859, weil sie sich bei der Ausstellung der Quittung über das Capital die Zinsen vorbehalten und bei dem Versprechen des

Digitized by Google

Verklagten, die Zinsen zahlen zu wollen, von der Aufnahme des Vorbehalts in der Quittung und der Ausstellung eines Zahlungsversprechens abstrahirt hätten.

Dies hat Verklagter bestritten und nach aufgenommenem Beweise hat das Kreisgericht zu Marienburg am 12. Februar 1864 die Mitklägerin H. zum Eide darüber verstattet:

daß sie bei Aufnahme der Quittungs-Verhandlung vom 10. December 1859 sich den eingeklagten Zinsanspruch dem Verklagten gegenüber ausdrücklich vorbehalten und der Verklagte ausdrücklich die Zahlung der Zinsen an sie versprochen habe.

Im Ableistungsfalle ist Verklagter nach dem Klageantrage verurtheilt; im Nichtableistungsfalle sind die Kläger abgewiesen.

Dieses Urtel ist von dem Appellations-Gericht zu Marienwerder am 20. Juli 1864 bestätigt worden. Dasselbe geht davon aus, daß die Klage auf den Dolus des Verklagten gestützt und begründet sei.

Die vom Verklagten erhobene Beschwerde hat gerügt:

1. daß der Appellations-Richter den Begriff des civilrechtlichen Dolus verkenne und die §§. 88. und 94. der Einl. zum Allgem. Landrechte, den §. 95. Tit. 4., §. 109. Tit. 5., §. 36. Tit. 6. Thl. I. A. L. R. verletze;
2. daß die §§. 2. 3. 7. 10. und 79. Tit. 6., der §. 65. Tit. 16. und die §§. 827. 843. bis 848. Tit. 11. l. c., sowie der Rechtsgrundsatz,

   Verzugszinsen können mittelst besonderer Klage nicht gefordert werden, mag der Gläubiger auch den Anspruch auf Verzugszinsen bei Empfangnahme des Capitals und Ausstellung der Quittung sich ausdrücklich und schriftlich vorbehalten haben,

Digitized by Google

verletzt seien. Der dritte Senat des Ober-Tribunals hat indessen am 17. Februar 1865 die Beschwerde aus folgenden

Gründen

zurückgewiesen:

Die Beschwerde darüber, daß der Appellations-Richter den Begriff des civilrechtlichen Dolus verkannt und die §§. 88. und 94. der Einleitung zum Allg. Landrecht, den §. 95. Tit. 4., den §. 109. Tit. 5. und §. 36. Tit. 6. ibid. verletzt habe, ist verfehlt und unbegründet. Es handelt sich nicht — wie die Beschwerde ausführt — bloß darum, ob der Verklagte ein mündliches Versprechen zur Zahlung der streitigen Verzugszinsen unerfüllt gelassen habe und befugt sei, den Mangel der Gültigkeit dieses Zahlungs-Versprechens der Klage auf Erfüllung entgegen zu setzen, ohne dadurch den Vorwurf eines dolosen Verfahrens auf sich zu laden. Vielmehr geht der Appellations-Richter davon aus und stellt fest, daß die Kläger, welche mit dem Capitale zugleich die hier streitigen Zinsen gefordert haben und nach dem Zugeständnisse des Verklagten zu fordern berechtigt waren, durch das Versprechen desselben, die Zinsen zu zahlen, ohne daß dieserhalb ein Vorbehalt in der Quittung gemacht oder ein schriftliches Anerkenntniß über die Verpflichtung zu jener Zahlung ausgestellt werde, dazu veranlaßt worden sind, nicht bloß in der Erwartung, sondern auch unter der Bedingung, daß Verklagter sein Versprechen erfüllen werde, es bei der aufgenommenen Quittung über das Capital zu belassen und den Vorbehalt wegen der Zinsen darin nicht aufzunehmen, auch von der Ausstellung einer schriftlichen Verpflichtungs-Urkunde zu abstrahiren. Wenn der Verklagte jetzt an das Versprechen wegen Mangels der Form nicht gebunden und sich der übernommenen Verpflichtung entziehen will, nachdem die Kläger eine Quittung ohne Vorbehalt ausgestellt haben

Digitized by Google

und dadurch ihres Anspruchs verlustig gegangen sein sollen, so fällt ein solches Verfahren allerdings unter den allgemeinen Begriff des Dolus, weil Verklagter nur zur Verleitung der Kläger zu dem ihnen nachtheiligen Acte, aus welchem der Verklagte Vortheil ziehen will, jenes Versprechen vorgespiegelt hat. — Vergl. Weiske Rechtslexicon Thl. III. S. 466 und §§. 84. ff. Tit. 4. Thl. I. A. L. R. —

Hiermit erledigt sich auch die fernere Beschwerde über die Verletzung der §§. 2. 3. 7. 10. und 79. Tit. 6. Thl. I. des A. L. R., zumal die Verzugszinsen nur das, nach dem landüblichen Zinsfuße abgeschätzte Interesse für die widerrechtliche Vorenthaltung des Capitals sind. Wenn nun auch der Grundsatz anerkannt ist, daß Verzugszinsen nur zugleich mit dem Capitale eingefordert werden können, und eine besondere Klage darauf nicht stattfindet, so kann doch dieser Grundsatz hier nicht Platz greifen, denn derselbe beruht nach den Präjudicien in den Entscheidungen Bd. 11. S. 3., Bd. 26. S. 270. und Bd. 29. S. 13., welche jenen Grundsatz aussprechen, und nach den Bestimmungen im §. 844. ff. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R., deren Verletzung die Beschwerde gleichfalls behauptet, auf der Voraussetzung, daß das Capital ohne Verzugszinsen eingeklagt ist. Hier ist das Capital ohne Proceß gezahlt und angenommen; es ist aber bei dieser Gelegenheit der Anspruch auf Verzugszinsen geltend gemacht und einer klagbaren Vereinigung, daß die Zinsen nachgezahlt werden sollen, stehen jene Gesetze nicht entgegen. Deshalb ist auch der Beschwerde darin nicht beizutreten, daß selbst, wenn in der Quittung vom 10. Dezember 1859 die Nachforderung der Zinsen vorbehalten oder die Nachzahlung versprochen worden, eine Klage wegen der Verzugszinsen unstatthaft sei. Der Wille, die Zinsen nachzufordern und dadurch der Quittung ohne Vorbehalt ihre Wir-

Digitized by Google

tung zu nehmen, geht aus der, bei der Zahlung getroffenen, Vereinigung zur Genüge hervor. Die Beschwerde hat hier nicht einmal geltend gemacht, daß hierzu eine schriftliche Erklärung erforderlich gewesen sein würde. In dieser Beziehung würde ihr neben dem Entscheidungsgrunde des Appellations-Richters die Ausführung in den Entscheidungen Bd. 29. S. 31., welche den mündlichen Vorbehalt der Zinsen bei der Zahlung des Capitals für genügend erachtet, entgegenstehen. Wenn diese Ausführung auch nur die Auslegung des §. 843. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R., welcher von vorbedungenen Zinsen handelt, zum Gegenstande hat, so ist dieselbe doch auf Verzugszinsen anzuwenden, weil sie sich lediglich damit beschäftigt, die aus einer Quittung ohne Vorbehalt entspringende Vermuthung zu entkräften und im §. 845. ibid. — wenn auf Verzugszinsen erkannt ist — in gleicher Art, wie im §. 843. l. c. die Forderung der Verzugszinsen nach erfolgter Quittung ohne Vorbehalt über das Capital nicht stattfinden soll.

№ 17.

Ueber die Erfordernisse des testamentarischen Vorbehaltes außergerichtlicher Codicille.

1) Stellen die Eingangsworte des §. 35. des Anhangs zu Tit. 12. Thl. I. des A. L. R.:

„Behält sich der Erblasser in seinem rechtsbeständigen Testamente die Befugniß vor, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen oder abzuändern ꝛc.“

Digitized by Google

eine absolut wesentliche Formel für den in Rede stehenden Vorbehalt auf?

2) Ist zur vollen Gültigkeit dieser vorbehaltenen Aufsätze außer der eigenhändigen Unterschrift des Testators, noch nothwendig, daß derselbe überhaupt anderweitige Erfordernisse für dieselben vorschreibe?

A. L. R. Thl. I. Tit. 12. Anh. §. 35.

Der Erblasser der Parteien, Gutsbesitzer O. hat in seinem Testamente wörtlich angeordnet:

Abänderungen der Bestimmungen dieses Testaments und Zusätze zu demselben vorzunehmen, behalte ich mir in Codicillen vor.

Als Nachtrag zu diesem Testamente — wie es der Testator ausdrücklich bezeichnete — hat er ein, von ihm eigenhändig unterschriebenes, mit dem Datum der Errichtung versehenes, außergerichtliches Schriftstück hinterlassen, in welchem er sein näher bezeichnetes Haus seinem Buchhalter K. vermacht hat. Dieser Legatar fordert auf Grund des Codicills und des vom Testator in dieser Beziehung gemachten Vorbehalts in dem Testamente, die uneingeschränkte Anerkennung des gedachten Vermächtnisses. Der eingesetzte Erbe, Gutsbesitzer W. O. will dagegen das Legat nur in soweit als gültig anerkennen, als der Betrag desselben nicht den zwanzigsten Theil des Nachlasses übersteige. Zur Rechtfertigung dieser Einschränkung beruft er sich auf §. 161. Tit. 12. Thl. I. des A. L. R. und darauf, daß der Erblasser gar nicht beabsichtigt, und jedenfalls im Testamente nicht ausgesprochen habe, daß er sich die Errichtung außergerichtlicher Codicille vorbehalte, da der fragliche Vermerk im Testamente nur auf Codicille, also auf gerichtliche, laute. Aus diesem Grunde würde auch der

Digitized by Google

Erblasser, wenn er auch wirklich einen weiter gehenden Vorbehalt zu machen beabsichtigt haben sollte, der Vorschrift des §. 35. des Anhangs l. c. nicht genügt, sowie der Anordnung dieses §. 35. auch in sofern nicht entsprochen haben, als er gar keine bestimmte Form für seine außergerichtlichen Aufsätze angeordnet habe; der fragliche Nachtrags-Aufsatz des Erblassers habe daher nicht die Wirksamkeit eines durch Testament confirmirten Codicills.

Das Kreisgericht zu Striegau hat den auf uneingeschränkte Anerkennung des Legates klagbar gewordenen Legatar abgewiesen, das Appellations-Gericht zu Breslau jedoch durch Erkenntniß vom 10. October 1863 das erste Urtel abgeändert und den Erben nach dem Klageantrage verurtheilt, und diese Entscheidung ist auf die Revision des verklagten Erben vom ersten Senate des Ober-Tribunals durch Erkenntniß vom 10. October 1864 bestätigt worden, aus folgenden

Gründen.

Bei letztwilligen Verordnungen kommt, neben der Willens-Äußerung, nach §§. 100 ff. Tit. 12. Thl. I. A. L. R., auch die Form wesentlich und dergestalt in Betracht, daß die Nichtbeachtung der Form nach §. 139. das Nichtbestehen des erklärten letzten Willens nach sich zieht. Die Frage: ob der Testator mit dem qu. Vorbehalte der im Anh. §. 35. vorausgesetzten Form genügt habe, hat daher ihre volle und erhebliche Bedeutung.

Zunächst ist jedoch nicht anzuerkennen, daß der §. 35. damit, daß er beginnt:

> Behält sich der Erblasser in seinem rechtsbeständigen Testamente die Befugniß vor, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen oder abzuändern,

für diesen Vorbehalt eine bestimmte Formel aufgestellt habe.

Digitized by Google

Die Wortfassung und die Grundlagen dieses §. 35. ergeben vielmehr deutlich, daß damit nur der Gegenstand dieses Specialgesetzes hat bezeichnet werden sollen. Dieser Gegenstand ist nicht zweifelhaft; es handelt sich im Gegensatze zu gerichtlichen Codicillen nach §§. 66. 100. Tit 12. l. c. und gegenüber den beschränkt gültigen nach §. 161. ff. l. c., um außergerichtliche Dispositionen im Allgemeinen. Da dies an sich feststeht, so kommt es zur Würdigung dieser Eingangsworte nicht darauf an, ob bei Auslegung des §. 35. — wie Kläger verlangt — auf die, das ursprünglich beschränkte System des Allg. Landrechts erweiternde Tendenz des §. 35., oder, ob nach Ansicht des Verklagten auf die, nur eine stricte Anwendung gestattende Ausnahme-Stellung dieses §. 35. hauptsächlich Rücksicht zu nehmen ist. Verklagter behauptet aber ferner, daß unter dem Ausdrucke „Codicill" im gesetzlichen Sinne nur ein „gerichtliches" verstanden werden dürfe. Abgesehen davon, daß schon das Allg. Landrecht auch außergerichtliche Aufsätze ausdrücklich mit dem Namen „Codicill" z. B. in §§. 167. 161. Tit. 12. l. c. bezeichnet, so widerlegt sich diese Behauptung auch durch den Wortinhalt des §. 35. selbst, der im zweiten Satze geradezu die in Rede stehenden außergerichtlichen Aufsätze ebenfalls als „Codicille" bezeichnet. Hieraus ergiebt sich aber weiter, daß im gesetzlichen Sinne unter der Bezeichnung: „Codicill" sowohl gerichtliche, als außergerichtliche verstanden werden, und daß daher diese Bezeichnung als eine generelle, als eine Bezeichnung der Gattung aufzufassen ist. Daß der Testator im Sinne der §§. 67. 69. Tit 4. l. c. eines besonderen Sprachgebrauches sich bedient hätte, der vom gesetzlichen Sinne abweichend gewesen, hat Verklagter nicht einmal behauptet, und daß der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens nur gerichtliche als Codicille bezeichne, kann weder als begründet

Digitized by Google

anerkannt werden, noch folgt dies — wie Verklagter behauptet — daraus, daß im Depositorio des Stadtgerichts zu Breslau sich viele Testamente, namentlich aus älterer Zeit vorfinden sollen, die die Aufschrift: „Codicill" führen.

Ist aber der Ausdruck „Codicill" eine Gesammtbezeichnung, so muß anerkannt werden, daß dieser Name alle die Unterabtheilungen dieses Gesammtbegriffs und alle die einzelnen Species der Gattung umfaßt. Der Testator hat sich dieser Gesammtbezeichnung bedient, er hat sich daher im Testamente die Errichtung gerichtlicher und außergerichtlicher Codicille vorbehalten, indem die Behauptung logisch nicht gerechtfertigt sein würde, daß Testator außergerichtliche Codicille sich nicht vorbehalten habe; zumal wenn nachgewiesen wird, daß er bei dem Vorbehalte gerade die Absicht gehabt hat, sich die Befugniß zu außergerichtlichen Codicillen zu reserviren. Demnach ist den Voraussetzungen des §. 35. in dem Testamente entsprochen und es ist deshalb auch das Verlangen des Klägers, daß sein Legat nicht den Beschränkungen des §. 161. unterworfen werde, gerechtfertigt.

Zwar wendet Verklagter noch ferner ein, daß dem §. 35. in sofern nicht genügt sei, als der Testator in dem Vorbehalte nicht zugleich die Form der außergerichtlichen Aufsätze angeordnet habe, während der §. 35. eine solche Anordnung erfordere. Allein der §. 35. bestimmt nur:

> Ob dergleichen Codicille, außer der eigenhändigen Unterschrift des Testators, noch mit anderen Erfordernissen versehen sein müssen, hängt von den Bestimmungen ab, welche das Testament des Erblassers dieserhalb enthält.

Hiernach stellt das Gesetz nur ein Erforderniß, nämlich die eigenhändige Unterschrift, auf, welches im vorliegenden Falle auch vorhanden ist, im übrigen läßt das Gesetz dem Testator freie Hand, „ob und welche Bestimmungen er hinsichtlich der

Digitized by Google

Form treffen wolle. Daraus also, daß er eine solche Anordnung nicht gemacht hat, folgt mithin nur, daß er besondere Förmlichkeiten nicht wollte, keineswegs aber: daß er wegen seines Schweigens dem §. 35. nicht vollständig genügt habe, denn das Gesetz hat dies in sein Belieben gestellt und nicht bestimmt, daß der Testator solche Anordnungen jedenfalls treffen müsse. —

Außerdem führt das Erkenntniß unter Zusammenstellung der dafür sprechenden besonderen thatsächlichen Momente aus, daß der Testator mit dem in seinem Testamente gemachten Vorbehalte sich die Befugniß zur Errichtung außergerichtlicher Codicille habe reserviren und dies damit habe aussprechen wollen, und gelangt aus diesen Gründen zur Bestätigung des zweiten Erkenntnisses.

№ 18.

Vindication der auf den Inhaber lautenden Papiere.

Reicht zur Vindication von auf den Inhaber lautenden Papieren gegen den redlichen Besitzer der Nachweis des früher an diesen Papieren erlangten Eigenthums hin?

A. L. R. Thl. I. Tit. 15. §§. 45—47.

Nach dem Inhalte der Klage hat die Wittwe v. A. um das Jahr 1853 sechs genau bezeichnete Westphälische Renten-Briefe in Gegenwart des Verklagten Gr. vor Gericht als ihr Eigenthum ausgehändigt erhalten, der Verklagte Gr. aber,

Digitized by Google

(welcher viele Jahre lang bis zu ihrem im Jahre 1858 erfolgten Tode für sie viele Geschäfte besorgt hat) diese Renten-Briefe gleich oder bald nachher in Empfang genommen. Der Kläger, Zeller J., als Adoptivkind und Erbe der Wittwe v. A., verlangt vom Verklagten die Herausgabe dieser Rentenbriefe über zusammen 640 Thlr. nebst Coupons oder, falls sie nicht mehr vorhanden, Vergütung deren Werths. Verklagter hat den ihm über die Hinnahme der Rentenbriefe eventuell deferirten Eid in erster Instanz mit der Modification acceptirt, daß er keinerlei Rentenbriefe von der Wittwe v. A. ohne resp. gegen deren Willen, oder gar auf unrechtmäßige Art in Besitz erhalten habe.

Das Kreisgericht zu Ahaus hat ihn am 27. April 1864 nach dem Klageantrage verurtheilt. In zweiter Instanz hat er, ohne die Beweislast zu übernehmen, behauptet, daß er die fraglichen Rentenbriefe nebst Coupons von der Wittwe v. A., zur Vergütung seiner vieljährigen Dienstleistungen für sie, gegeben resp. geschenkt erhalten habe, und sich erboten, dies zu beschwören. Das Appellations-Gericht zu Münster hat am 1. October 1864 den Kläger mit seiner Klage in angebrachter Art abgewiesen.

Kläger hat Revision eingelegt, der dritte Senat des Ober-Tribunals aber das Appellations-Erkenntniß am 8. Mai 1865 bestätigt, aus folgenden

Gründen.

Der Kläger, nach dessen eigenem Vortrage der Verklagte die fraglichen, unbestritten der Wittwe v. A. gehörig gewesenen Westphälischen Rentenbriefe, schon um das Jahr 1853 an sich genommen, hat nicht behauptet, daß dies unredlicher Weise und gegen den Willen der Wittwe v. A. geschehen sei, noch, daß sie diese Hinnahme zu einem bestimmten vorübergehenden Zwecke, etwa zur einstweiligen Aufbewahrung be-

Digitized by Google

willigt habe. Er klagt daher weder aus einem Vertrags- noch Delicts- oder einem ähnlichen Rechtsverhältnisse, welches er ja bestimmt anzugeben hätte. Auch eine condictio sine causa, welche angestellt zu haben er in der Appellations-Beantwortung behauptet, hat er nicht substantiirt, wozu gehören würde, daß er den Hergang, wie der Verklagte in den Besitz der Rentenbriefe gekommen, und daß dieser Hergang nach dem, wie die Sache sich rechtlich gestaltet habe, nicht geeignet sei, dem Verklagten Eigenthum oder sonstige Rechte auf die Rentenbriefe zu verleihen, angegeben hätte. Seine Angaben beschränken sich darauf, daß die Wittwe v. A., seine Erblasserin, Eigenthümerin und Besitzerin der Rentenbriefe war, etwa fünf Jahre vor ihrem Tode aber der Verklagte in den Besitz derselben gekommen ist. Es ist also die reine Vindication erhoben worden. Diese aber kann gegen einen redlichen Besitzer der, auf den Inhaber lautenden, Papiere nach den §§. 47. 45. 46. Tit. 15. Thl. I. des A. L. R. nur dann erhoben werden, wenn er dieselben unentgeltlich überkommen hat, worunter selbstverständlich ein Ueberkommen vom Eigenthümer selbst vermöge einer rechtsgültigen Schenkung nicht mitbegriffen ist. Auch dieses: daß Verklagter die Renten-Briefe ohne eine rechtsbeständige Willenserklärung der Wittwe v. A. von ihr oder von einem Anderen unentgeltlich überkommen habe, hat Kläger nicht behauptet. Vielmehr soll nach seiner Behauptung Verklagter selbst dieselben an sich genommen haben. Da Kläger den Hergang, wie dies geschehen, nicht hat angeben können, so muß Verklagter für einen redlichen Besitzer der Rentenbriefe erachtet werden. — §. 180. Tit. 7. Thl. I. A. L. R. — Bei anderen Sachen reicht zur Vindication derselben auch gegen den redlichen Besitzer, der vom Vindicanten geführte Nachweis, daß er früher einmal das Eigenthum daran erlangt habe, so lange hin, bis ihm

Digitized by Google

nachgewiesen wird, daß er das Eigenthum wieder verloren habe. Gerade aber dies wird für baares courſirendes Geld und die nicht außer Cours geſetzten Papiere auf den Inhaber durch die §§. 45—47. a. a. O. in der Regel ausgeſchloſſen. Obwohl daher Verklagter für ſeine Behauptung, daß die Wittwe v. A. ihm die Rentenbriefe zur Vergütung ſeiner vieljährigen Dienſtleiſtungen, und damit er nach ihrem Tode für Meſſen 100 Thlr. verwende, was er gethan, gegeben habe, keinen Beweis erbracht hat, ſo ſchützt ihn doch gegen die Vindication der angeführte §. 47. In einer ganz ähnlichen Sache hat auch das Erkenntniß des erſten Senats vom 19. November 1858 (Archiv Bd. 31. S. 167—170.) zu Gunſten des Beſitzers entſchieden. Anders lag der im Ober-Tribunals-Erkenntniſſe vom 28. December 1844 (— Entſcheid. Bd. 11. S. 296—302. —) beurtheilte Fall. Die Haushälterin des verſtorbenen früheren Eigenthümers der Staats-Schuldſcheine behauptete zwar, dieſelben von ihm geſchenkt und übergeben erhalten zu haben; ſie gab aber ſelbſt an, daß ſie dieſelben unter ſein Kopfkiſſen gelegt habe, wo ſie bei ſeinem Tode gelegen hätten, und von wo ſie dieſelben weggetragen habe. Danach ergab ſich nicht einmal, daß ſie bei deſſen Tode ſich im Beſitze derſelben befunden habe. Das Ober-Tribunal hat dann weder die Schenkung noch die Uebergabe als erwieſen angenommen und die Haushälterin zur Herausgabe verurtheilt.

Ebenſo iſt in dem in v. Savigny, Obligationenrecht Bd. 2. S. 176. nota pp. erwähnten Proceſſe in Sachen Böhlig wider Leinich vom Ober-Tribunale am 26. October 1844 auf Erhebung des von den Verklagten darüber,

daß der Erblaſſer des Klägers ihnen die ſtreitigen Stamm-Actien geſchenkt habe,

angetretenen Beweiſes reſolvirt worden, weil die Kläger ſelbſt nicht behauptet hatten, gegen Entgelt in Beſitz derſelben ge-

Digitized by Google

kommen zu sein, selbst Papiere auf den Inhaber aber vom redlichen Besitzer, der solche unentgeltlich überkommen hat, dem Eigenthümer herausgegeben werden müssen.

In der vorliegenden Sache muß das den Kläger mit einer Klage in der angebrachten Art abweisende Appellations-Erkenntniß aus den obigen Gründen bestätigt werden.

№ 19.

Contracts-Klage an Stelle der condictio indebiti gegen eine erfolgte Abrechnung.

Kann eine durch Berechnung vorgenommene Compensation nur unter den Voraussetzungen der condictio indebiti rückgängig gemacht werden?

A. L. R. Thl. I. Tit. 16. §§. 116. 178. 300. 301. 381.

Durch notariellen Tauschvertrag vom 4. Februar 1861 übereignete der Verklagte K. dem Kläger v. d. M. eine Anzahl Kuxe in Pausch und Bogen für zusammen 77,400 Thlr., Kläger dagegen überließ dem Verklagten verschiedene Grundstücke für den Gesammtpreis von 165,000 Thlr.

Von den dem Kläger überlassenen Kuxen gehörten 26 zur Steinkohlengrube L. und 29 zur Steinkohlengrube T. Diese beiden Gruben waren in den Jahren 1860 und 1861 sogenannte Ausbeutezechen und hatten am Jahresschlusse 1860 baare Cassenbestände von resp. 9621 Thlr. 22 Sgr. 11 Pf. und 2373 Thlr. 25 Sgr. 9 Pf.

Bezüglich dieser Cassenbestände theilte der Verklagte dem Kläger durch Schreiben vom 22. März 1861 mit, daß die-

Digitized by Google

selben beim Verkaufe von Grubenantheilen in gleicher Weise, wie die Baarbestände bei Gutskäufen, vorbehalten seien, und rechnete sich davon auf die dem Kläger übereigneten Kuxe pro rata derselben zusammen 2614 Thlr. 24 Sgr. 5 Pf. zu Gute. Nachdem Kläger hierauf nicht geantwortet hatte, übersendete ihm der Verklagte durch weiteres Schreiben vom 12. April 1861 eine Berechnung, in welcher er dem Kläger als dessen Forderungen aus dem Tauschvertrage zusammen 2923 Thlr. 10 Sgr. gut schrieb, die gedachten Bestandsgelder dagegen in's Debet stellte, so daß für den Kläger nur noch ein Guthaben von 308 Thlr. 15 Sgr. 7 Pf. verblieb. Kläger ließ zwar auch dieses Schreiben unbeantwortet, nahm aber, von der Ansicht ausgehend, daß die erwähnten Bestandsgelder nach dem Vertrage eine rechtmäßige Forderung des Verklagten darstellten, das ihm berechnete Guthaben in Empfang, quittirte, daß er diese Summe „aus der Berechnung vom 12. April 1861" erhalten habe, und gab dem Verklagten einen bereits verfallenen Wechsel, welchen dieser über 1500 Thlr. Rückstand der von ihm auszugleichenden Differenz unter den Tauschpreisen ausgestellt und noch nicht bezahlt hatte, zurück.

Außerdem stellte er unter dem 19. April 1861 einen Revers aus, wodurch er den Verklagten der contractlich übernommenen Verbindlichkeit, eine auf 51¾ und auch auf den vom Kläger erworbenen 26 Kuxen der L. Grube in Höhe von 1500 Thlr. eingetragene Darlehnsforderung der oberschlesischen Bergbau-Hülfscasse zur Löschung zu bringen, entband, dies selbst übernahm, und unter Umwandlung der gegnerischen Löschungs-Verpflichtung in eine Geldschuld, „den auf seine 26 Kuxe entfallenden Antheil" jener Hypothek mit 758 Thlr. 10 Sgr. vom Verklagten baar erstattet zu haben bekannte.

Digitized by Google

Der Verklagte dagegen bescheinigte die an ihn erfolgte Erstattung der Bestandsgelder und machte unter Zustimmung des Klägers demselben zur Abstoßung der erwähnten, auf den vertauschten 26 Kuxen der L. Grube mithaftenden Hypothek in der Folge mehrfache Abzüge an der pro rata dieser Kuxe aufgekommenen Ausbeute.

Diese, nach Abschluß des Tauschvertrages vom 4. Februar 1861 stattgehabten, Vorgänge focht nun der Kläger an und verlangte klagend die Herstellung resp. Erfüllung der ursprünglichen Vertragsbestimmungen.

Er behauptete, daß die am Jahresschlusse 1860 bei beiden Gruben vorhanden gewesenen Bestandsgelder als integrirender Theil des gesammten Bergwerkseigenthumes mit Abtretung der Kuxe pro rata derselben auf ihn übergegangen seien. Hierüber sei er durch den Verklagten in Irrthum versetzt worden und habe die eigentliche Natur und Bestimmung der Bestandsgelder erst nachträglich erfahren. Der Kläger machte deshalb, unter Anfechtung der gegnerischen Berechnung vom 12. und seines Reverses vom 19. April 1861, aus dem Tauschvertrage vom 4. Februar ej. noch eine, in ihrer Specification nicht bemängelte Nachforderung von 2413 Thlr. 7 Sgr. 5 Pf. geltend und stellte — abgesehen von einem zweiten, rechtskräftig verworfenen, Petitum — klagend den Antrag:

den Verklagten zur Zahlung von 2413 Thlr. 7 Sgr. 5 Pf. nebst fünf Procent Verzugszinsen seit dem Klagebehändigungs-Tage zu verurtheilen.

Der Verklagte dagegen verblieb bei seinen Ansprüchen auf die Bestandsgelder und beantragte Abweisung der Klage, welche er als eine nicht gehörig substantiirte condictio indebiti bezeichnete.

Der erste Richter, das Kreisgericht zu Beuthen, sprach

Digitized by Google

dem Kläger das Eigenthum an den streitigen Bestandsgeldern zu und verurtheilte, indem er auch die condictio indebiti für begründet hielt, durch Erkenntniß vom 26. Februar 1864 den Verklagten nach dem Klageantrage.

Dieses Urtel wurde auf die Seitens des Verklagten dagegen eingelegte Appellation hinsichtlich des, hier allein interessirenden, ersten Klageantrages durch Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Ratibor vom 14. September 1864 bestätigt.

Der Appellations-Richter stützte seine Entscheidung auf die Feststellung:

daß die Bestandsgelder durch den Vertrag vom 4. Februar 1861 mit den übereigneten Kuxen als Pertinentien derselben auf den Kläger übergegangen seien, und daß derselbe seinen Rechten auf diese Gelder durch Nichtbeantwortung der beiden Schreiben des Verklagten vom 22. März und 12. April 1861, sowie durch Annahme des für ihn ermittelten Guthabens und Quittungsleistung darüber, nichts vergeben habe, indem es an einer, zur Entsagung erforderlichen, ausdrücklichen und schriftlichen Willenserklärung fehle.

Hiernach sei Kläger wohl berechtigt, Erfüllung des Vertrages und damit nicht bloß Zahlung der noch rückständigen Tauschpreisdifferenz, sondern auch Erstattung aller derjenigen Beträge zu fordern, welche ihm der Verklagte auf Grund seiner Berechnung in Abzug gebracht habe.

Der Verklagte erhob noch die Nichtigkeits-Beschwerde. Dieselbe wurde aber durch Erkenntniß des dritten Senates des Ober-Tribunales vom 3. April 1865 zurückgewiesen.

Gründe.

Der Appellations-Richter stellt unangefochten fest:

daß die am Jahresschlusse 1860 bei den Gruben L. und T. vorhanden gewesenen sogenannten Bestandsgelder mit

Digitized by Google

Abschluß des Tauschvertrages vom 4. Februar 1861 auf den Kläger pro rata der von demselben erworbenen Kuxe übergegangen sind, und daß auch in den späteren Rechtshandlungen des Klägers eine Entsagung auf dies sein contractliches Recht nicht zu finden ist.

Diese Prämissen hält er zur Begründung des gegenwärtigen, auf Zahlung, resp. Erstattung alles dessen, was der Kläger ohne den ungerechtfertigten Abzug jener Bestandsgelder erhalten haben würde, gerichteten Klageanspruches für ausreichend.

Er characterisirt sonach diesen Anspruch als Contractsklage aus dem zwischen den Parteien zu Stande gekommenen Tauschgeschäfte.

Der Verklagte hält diese Conclusion für unzutreffend, indem er noch eine weitere Prämisse, nämlich die Feststellung eines auf Seiten des Klägers obgewalteten Irrthums erfordert. Er faßt den klägerischen Anspruch nicht als Contractsklage, sondern als condictio indebiti auf, und deducirt, daß in den, nach dem Vertragsabschlusse Statt gehabten Vorgängen die ausdrückliche Vereinbarung der Compensation der Klageforderung mit dem von ihm dagegen erhobenen Bestandsgelder-Anspruche zu finden sei, diese Compensation aber, gleich der Zahlung wirkend, den Klageanspruch aufgehoben habe und nur unter denselben Voraussetzungen, wie eine indebite geleistete Zahlung, widerrufen werden könne.

Hiernach soll der Vorderrichter die Natur und den wesentlichen Charakter der Compensation und der condictio indebiti verkannt, den Rechtsgrundsatz, daß der Widerruf einer ausdrücklich vereinbarten Compensation nur unter den Voraussetzungen der condictio indebiti zulässig sei, verletzt und endlich auch gegen eine Reihe speciell hervorgehobener Gesetzesstellen verstoßen haben.

Diese Vorwürfe sind nicht begründet.

Digitized by Google

Zunächst fragt es sich, ob die vom Kläger aus dem Tauschvertrage vom 4. Februar 1861 nachträglich erhobenen Ansprüche wirklich mittelst freiwilliger Compensation durch Uebereinkunft zwischen ihm und dem Beklagten aufgehoben worden sind und ihre fernere Geltendmachung nur noch mit der condictio indebiti möglich ist, oder ob diese contractlichen Ansprüche als solche noch fortbestehen und deshalb mit der Contractsklage zu verfolgen sind? Offenbar ist letzteres der Fall. Eine gültige Compensation ist durch die vom Verklagten in Bezug genommenen Vorgänge nicht bewirkt worden. Die Compensation ist nach §. 300. Thl. I. Tit. 16. des A. L. R.: die Aufhebung der Verbindlichkeiten, welche durch gegenseitige Anrechnung dessen, was Einer dem Andern schuldig ist, erfolgt. Sie wird also dadurch bewirkt, daß Jemand, welcher zugleich Gläubiger und Schuldner eines Anderen ist, diesem die eigene Gegenforderung auf dessen Forderung abrechnet und dadurch letztere in Höhe der Gegenforderung, ebenso, wie durch Zahlung aufhebt. Die Forderung wird dadurch getilgt, wie durch Zahlung, aber natürlich nicht anders, als wenn die Compensation, wie die Zahlung, sich wirklich ereignet hat. Die Compensation, als Aufhebung zweier Forderungen durch einander, setzt aber die wirkliche Existenz nicht nur einer Forderung, sondern auch einer Gegenforderung voraus. Existirt keine solche Gegenforderung, so fehlt es an einem Essentiale des Rechtsgeschäftes, dessen Zustandekommen mithin in diesem Falle, auch bei ausdrücklich dahin gerichteter Abrede undenkbar ist.

Der Implorant stellt auf Grund des Rechtssatzes, daß die Compensation gleich der Zahlung wirkt, den Fall, daß sich Jemand von seiner Forderung irrthümlich Etwas, was er nicht schuldete, abrechnen ließ, dem Falle der Zahlung einer Nichtschuld gleich. Beide Fälle sind aber wesentlich

Digitized by Google

verschieden. Bei der solutio indebiti ist das Rechtsgeschäft der Zahlung gültig zu Stande gekommen, denn es genügte zur Perfection der animus solvendi auf der einen und accipiendi auf der anderen Seite, in Verbindung mit Hingabe der Zahlungsmittel. Das Bestehen einer Verbindlichkeit zur Zahlung berührt nicht die Frage nach der Perfection, sondern nur die nach einer etwaigen Rückforderung. Dagegen stellt die irrthümlich gestattete Compensation einer nicht existenten mit einer wirklich bestehenden Forderung einen ganz anderen Fall dar; denn hier ist das beabsichtigte Rechtsgeschäft nicht wirklich, sondern nur scheinbar zu Stande gekommen. Hier fehlt es nicht, wie bei der solutio indebiti, an einer gültigen Schuld, *worauf* geleistet wird, — dies ist ja die existente Forderung und nicht die vermeintliche Gegenforderung, — sondern hier fehlt es an einem tauglichen Objecte, *womit* geleistet wird. Dasselbe, was bei der Zahlung durch das Geld oder dessen Surrogate bewirkt wird, geschieht bei der Compensation durch eine Forderung, denn die Compensation ist ihrem Wesen nach Nichts weiter, als die fingirte Bezahlung zweier Forderungen durch einander.

Im vorliegenden Falle steht nun aber *unangefochten* fest, daß die Bestandsgelder-Forderung, mit der Verklagter gegen die klägerischen Contracts-Ansprüche compensirte, nicht ihm, sondern dem Kläger zustand. Es fehlte also an einem essentiellen Erfordernisse der Compensation; diese ist deshalb nur dem äußeren Anscheine nach erfolgt und hat keinen Bestand. Der Kläger, dem seine eigene Forderung in Abzug gebracht wurde, ist insoweit noch unbefriedigt und seine Klage auf Bewirkung dieser noch rückständigen Befriedigung ist keine andere, als die durch Nichts aufgehobene *Contractsklage*. Die condictio indebiti kann es nicht sein; denn mit der Con-

Digitized by Google

tractsklage kann die Quasicontractsklage, die nur den Mangel der ersteren ersetzen soll, niemals concurriren.

Außerdem würde es hier auch an dem Fundamente dieser Condiction, nämlich an einer wirklichen Solution, durch welche eben ein dem Darlehne analoges Quasivertragsverhältniß erzeugt wird, gänzlich fehlen. Die begrifflich geforderte Solution braucht allerdings nicht, wie es nach §. 178. Thl. I. Tit. 16. des A. L. R. den Anschein hat, eine Zahlung im engeren Sinne zu sein; denn die §§. 189. und 196. a. a. O. sprechen auch von indebite gegebenen Sachen und indebite geleisteten Handlungen, und die Bedingungen der Rückforderung sind hier dieselben, wie die im §. 178. a. a. O. für die eigentlichen Zahlungen festgesetzten. Jedenfalls muß aber, damit von einer Solution überhaupt die Rede sein kann, etwas animo solvendi in irgend einer Weise wirklich gegeben oder geleistet worden sein, so daß der leistende ärmer, der Empfangende reicher geworden ist, und eine der Darlehnsklage analoge, auf Rückgabe oder Ersatz des Geleisteten resp. Herstellung des früheren Zustandes gerichtete Klage denkbar erscheint.

Daß ein solches Verhältniß hier nicht vorliegt, ist einleuchtend. Aus dem Gesagten ergiebt sich ferner, daß der vom Imploranten formulirte Rechtsgrundsatz:

„Der Widerruf einer ausdrücklich vereinbarten Compensation ist nur unter denselben Voraussetzungen wie die Rückforderung geleisteter Zahlungen zulässig,"

unhaltbar ist. Derselbe leidet sogar an einem inneren Widerspruche; denn nach der gegebenen Begriffs-Entwickelung erscheint eine Compensation, bei der die Voraussetzungen der condictio indebiti zuträfen, gegenstandslos und besteht schon an und für sich nicht zu Recht. Auch gegen die schließlich noch speciell als verletzt hervorgehobenen Paragraphen des

Digitized by Google

Titels 16. Theil I. des Allg. Landrechtes hat der Appellations-Richter nicht gefehlt.

1. Der §. 116., welcher bestimmt:

„Bezieht sich die Quittung auf eine gehaltene Berechnung, und wird darin bekannt, daß der Empfänger dem Aussteller Nichts mehr schuldig geblieben sei, so sind alle bis dahin zahlbar gewesenen Posten für abgethan zu achten,"

findet hier keine Anwendung, denn die vom Kläger ausgestellte Saldo-Quittung geht nur dahin:

daß er 308 Thlr. 15 Sgr. 7 Pf. aus der Berechnung vom 12. April 1861 erhalten habe,

und enthält kein Bekenntniß, daß Verklagter ihm Nichts mehr schuldig geblieben sei. Ueberdies ist die Feststellung des Vorderrichters, daß eine rechtsverbindliche Entsagung auf die klägerischen Ansprüche nicht erfolgt sei, unangefochten geblieben.

2. Der §. 178. bestimmt die Erfordernisse der condictio indebiti, um die es sich indessen nach obigen Ausführungen hier nicht handelt.

3. Der §. 300. definirt den Begriff der Compensation. Daß der Vorderrichter gegen diesen Begriff in keiner Weise verstoßen, ihn vielmehr richtig angewendet hat, ist bereits erörtert worden.

4. Der §. 301. bestimmt:

Sobald die Forderung, durch welche die Compensation gesetzmäßig begründet wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, soweit die Compensation reicht, für erloschen erachtet.

Diese Wirkung der Compensation hat der Vorderrichter nirgends in Abrede gestellt, es wird vielmehr nur das Vorhandensein ihrer Voraussetzungen geleugnet. Daß diese im vorliegenden Falle nicht erfüllt sind, ergiebt die als verletzt bezeichnete Bestimmung gerade recht deutlich, denn danach

Digitized by Google

soll die, der Zahlung gleichkommende Wirkung nur eintreten: bei einer Forderung, durch welche die Compensation gesetzmäßig begründet wird. Es muß also, abgesehen von den sonstigen Requisiten der Compensabilität, eine wirkliche und nicht bloß eine Scheinforderung vorhanden sein.

5. Der §. 379. definirt die Begriffe von Erlaß als Entsagung eines bereits erworbenen Rechtes und Verzichtleistung als Entsagung eines noch zu erwerbenden Rechtes. In wiefern der Appellations-Richter hiergegen verstoßen haben soll, ist unerfindlich. Er stellt fest:

daß eine rechtsgültige Entsagung des Klägers auf seine aus dem Tauschvertrage vom 4. Februar 1861 erworbenen Rechte (also nach dem Sprachgebrauche des als verletzt bezeichneten Gesetzes ein Erlaß) in seinen späteren Rechtshandlungen nicht zu finden ist,

und diese Feststellung bildet keinen Gegenstand der Beschwerde.

6. Endlich der §. 381. bestimmt, daß Erlaß und Verzichtleistung allemal eine ausdrückliche Willenserklärung erfordern.

Abgesehen davon, daß auch dieser Paragraph den Beschwerdepunkt gar nicht berührt, hat ihn der Vorderrichter nicht nur nicht verletzt, sondern ausdrücklich und richtig angewendet. Er erfordert eben auf Grund dieser Bestimmung eine ausdrückliche Willenserklärung und stellt, was lediglich Sache seiner thatsächlichen Beurtheilung ist, ihr Nichtvorhandensein fest.

Hiernach sind die dem Appellations-Richter gemachten Vorwürfe unbegründet und das angefochtene Erkenntniß erscheint auch ohne ausdrückliche Feststellung eines auf Seiten des Klägers obgewalteten Irrthums ausreichend motivirt.

Die Nichtigkeits-Beschwerde war deshalb zu verwerfen.

Digitized by Google

№ 20.

Provinz Westphalen. Rechtsverhältnisse der Heuerlinge in den Markgenossenschaften.

Muß die, bei einer unter den Markgenossen vorgenommenen Markentheilung, ausgewiesene Heuerlings-Abfindung als Gemeindeglieder-Vermögen der politischen Gemeinde angesehen werden?

Am Ende des vorigen und im Anfange des jetzigen Jahrhunderts hat ein Verfahren über die Theilung der Südlengernschen Mark — auch Leuniger Mark genannt — geschwebt. Eine Theilung ist auch erfolgt, jedoch weder ein Receß, noch der Abschluß eines solchen ermittelt. So viel aber ist als feststehend angenommen, daß bei der Markentheilung gewisse Grundstücke unvertheilt geblieben, unter die Markengenossen selbst nicht vertheilt worden.

Es haben sich nun die beiden Colonen Kr. und Kä. aus Südlengern bei der General-Commission zu Münster gemeldet und beantragt: einen Commissarius zu ernennen, welcher ihnen den, aus den Südlenger Gemeinheits-Grundstücken und sonstigen Gemeindegründen ihnen competirenden, Antheil zumessen und anweisen soll. Das Verfahren ist eingeleitet und hat anfänglich blos zwischen den gedachten beiden Provocanten und der politischen Gemeinde, als Provocatin, geschwebt, bis man die Zuziehung der übrigen Marken-Interessenten, als Miteigenthümer der zu theilenden Grundstücke, nothwendig fand, und haben daher seitdem dieselben, mit einigen Ausnahmen, sich den Provocanten angeschlossen und die Frage verhandelt: ob die fraglichen ungetheilten Grundstücke Privat-

Digitized by Google

eigenthum der Provocanten, oder Gemeindeglieder-Vermögen der Provocatin seien?

In der Revisions-Instanz kommt es jedoch nur noch auf diejenigen Grundstücke an, welche Heuerlingsweiden genannt werden und aus mehreren Stücken bestehen.

Die General-Commision zu Münster hat in ihrem Erkenntnisse vom 22. Juli 1862 sub 2., in Ansehung der noch streitigen, — und einiger anderen Grundstücke erkannt:

daß die Provocation auf Theilung derselben für zulässig zu erachten, und die Provocatin mit ihrem Antrage, diese Grundstücke für Gemeindeglieder- oder Corporations-Vermögen der Gemeinde Südlengern zu erklären, abzuweisen.

Auf die Appellation der Provocatin hat aber das Revisions-Collegium für Landes-Cultur-Sachen in seinem Urtel vom 10. Juni 1864 das Erkenntniß erster Instanz dahin geändert:

daß die Provocanten und Appellaten mit ihrem Antrage auf Theilung der fraglichen Parcellen zurückzuweisen, diese Parcellen vielmehr für Gemeindeglieder-Vermögen der Gemeinde Südlengern und zur Nutzung für die Heuerlinge daselbst bestimmt, zu erachten.

Der Richter erster Instanz ist bei der Verurtheilung der Provocatin davon ausgegangen, daß die Zuziehung der Heuerlinge bei der Markentheilung als Interessenten nicht erhelle, eine solche Betheiligung der Heuerlinge, welche nicht einmal eigenen Grund in der Gemeinde hatten, sondern blos auf einem Kotten zur Miethe saßen, auch nicht anzunehmen, vielmehr der voraussätzliche Zweck der Zutheilung von Heuerlingsweiden nur gewesen, den Marken-Interessenten die Möglichkeit zu geben, den Heuerlingen auch ferner Weide zu gewähren. Hiernach ist das Eigenthum der Gemeinde, indem auch die Ersitzung weder dargethan, noch möglich, erachtet worden, für unerwiesen erklärt.

Digitized by Google

Der Appellations-Richter dagegen führt, zur Begründung seiner Entscheidung, die Ansicht aus, daß die Heuerlings-Abfindung ein zur Benutzung einer gewissen Classe von Gemeinde-Angehörigen, — der Heuerlinge, — bestimmtes und deshalb untheilbares Gemeinde-Vermögen der politischen Gemeinde sei.

Auf die Revision der Provocanten hat jedoch der zweite Senat des Ober-Tribunals in seinem Urtel vom 4. April 1865 das Erkenntniß erster Instanz wiederhergestellt. Es lauten die einschlagenden

Gründe.

Wenn man auch der Ansicht, welche Wigand Bd. 12. S. 142. der Provinzialrechte des Fürstenthums Minden u. s. w. entwickelt, daß, vorzugsweise in Westphalen, die Eintheilung in Marken die älteste des Landes sei, nicht widersprechen kann, so kann doch aus diesem Umstande nicht gefolgert werden, daß diese Eintheilung des Landes in Marken und Markgenossenschaften sich mit späteren politischen Eintheilungen, namentlich mit den Stadt- und Dorfgemeinden, identificirt habe; obgleich ein zufälliges Zusammentreffen in einzelnen Fällen vorkommen kann. Denn, — wie v. Löw in seinem Werke über die Markgenossen, in der Einleitung näher zeigt, — unterscheidet sich von jenen Gemeinheiten die Markgenossenschaft wesentlich dadurch, daß ihre Verbindung sich einzig und allein auf die Markengüter bezieht, weshalb es sogar ohne Einfluß auf diese Verbindung bleibt, wenn die Markgenossen auch verschiedenen Landeshoheiten unterworfen sein sollten. Der Grund und Boden, soweit er nicht zu einzelnen Höfen gelegt war, oder zu gefreitem Boden gehörte, war der gemeinen Benutzung der Markgenossen unterworfen, welche sich nach autonomisch angenommenen Regeln richtete, indessen regelmäßig über den eigenen Bedarf nicht ausgedehnt werden

Digitized by Google

durfte. Das Eigenthum des Bodens muß der Gesammtheit der Markgenossen zugeschrieben, jedoch kann dem Einzelnen ein ideeller Antheil daran nicht beigemessen werden, obwohl die Concurrenz eines jeden zur Ausübung der Eigenthumsrechte und zur Benutzung den Charakter eines mit dem Grundstücke verbundenen Rechts an sich trug. Eine juristische Person, die Gesammtheit der Markgenossen, muß als Subject des Eigenthums gedacht, die Ausübung der darin enthaltnen Rechte als selbstständige Befugniß des Einzelnen angesehen werden, weshalb die Einzelnen, als Subject des Eigenthums betrachtet, dieses immer ungetheilt, als Gesammt-Eigenthum, besitzen, aber sehr verschiedenartige Rechte der Ausübung haben können, so daß eine gleichartige Theilnahme nicht den Character ihres Rechts ausmacht. Dies wird weiter nachgewiesen von Runde deutsches Privatrecht §. 181 d., v. Löw a. a. O. S. 92 ff., Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht §§. 168., 280. und 372.

Unter den neun Classen von Markbewohnern, welche genannt werden, findet sich auch die Classe der Heuerlinge, Heuerleute oder Häuslinge, welche zwar einen eigenen Haushalt, aber keine Ländereien haben, sondern bei den Landleuten zur Miethe wohnen, und vom Tagelohne oder einem Handwerke leben, und welchen zuweilen durch Bewilligung der Markgenossen einzelne Nutzungsrechte in der Mark eingeräumt sind. Man vergleiche v. Löw a. a. O. 77. ff. und S. 121. ff., Runde §. 490. Eichhorn §. 246. Wigand Bd. 1 S. 122. Es ist dabei gedacht und vorausgesetzt, daß auf den einzelnen Colonaten sich Häuser befinden, welche zur Vermiethung bestimmt sind, und unbedenklich erscheint es daher, der Bezeichnung diejenige Definition zum Grunde zu legen, welche sich in dem, von den vorigen Richtern und den Parteien angerufenen, Rescripte der Minden-Ravens-

Digitized by Google

berg'schen Regierung vom 21. Juni 1786 — abgedruckt bei Wigand Bd. 2. S. 454 — findet. Dort heißt es:

2. Dagegen werden durch Heuerlinge bloß die verstanden, die bloße Miether, Zeit- oder Erbpächter der Häuser sind, denen folglich kein Eigenthum an denselben zusteht; diesen kommt nach den Markentheilungs-Grundsätzen §. 11. wenigstens ein Kuh-Theil zu, welcher als ein Praecipuum denen Gutsbesitzern für jedes auf ihren Wrächten stehendes Haus bei der Theilung der Mark oder Gemeinheit angewiesen werden soll.
3. Sind dergleichen zur Verheuerung bestimmte Häuser zur Bewohnung mehrerer Heuerlings-Familien absichtlich eingerichtet, so versteht es sich, daß für jede Familie, die darin wohnen kann, eine besondere Abfindung ausgewiesen werden muß.

Dieses Rescript, wenn dasselbe auch kein Gesetz, sondern nur eine an sämmtliche Markentheilungs-Commissarien des Bezirks erlassene Instruction war, gewährt doch eine unbezweifelt glaubhafte Auskunft darüber: daß diesen Heuerlingen dort gewisse Nutzungsrechte in der Mark eingeräumt waren, für welche ihnen bei der bevorstehenden Theilung der Mark ein Surrogat gewährt werden sollte.

Es ist nun unter den Parteien nicht streitig, daß in den ersten Jahren dieses Jahrhunderts eine Theilung der Südlengernschen oder Lenniger Mark wirklich zu Stande gekommen, und, daß bei derselben auch Grundstücke, welche Heuerlingsweiden genannt werden und Flur 17. Nr. 161. 162., Flur 18. Nr. 75. und Flur 19. Nr. 273. der Kataster-Gemeinde Bünde katastrirt sind, als Heuerlings-Abfindung berechnet und ausgewiesen worden. Daß diese Grundstücke zur Mark gehörten und in dem Gesammteigenthume der theilenden Markgenossen sich befunden haben, und daß zu

Digitized by Google

den letzteren die Provocanten gehören, ist ebenfalls unbestritten; aber aus den producirten fragmentarischen, die Theilung der Mark vorbereitenden, Verhandlungen ist etwas Gewisses darüber nicht zu entnehmen, daß über das Eigenthum der Heuerlings-Abfindung eine Verabredung getroffen worden. Daß es nicht die Absicht gewesen sein könne, das Eigenthum der Landabfindung denjenigen Heuerlingen, welche gerade damals in den Miethhäusern wohnten, zuzuwenden, ergiebt sich schon aus der Natur des Miethsverhältnisses; auch ist das Gegentheil gar nicht einmal behauptet. Eben so wenig ist es behauptet, daß bei der Theilung oder sonst von den Markgenossen das Eigenthum der fraglichen Grundstücke an die Provocatin, die politische Gemeinde Südlengern, abgetreten worden sei. Und hiernach liegt Nichts vor, anzunehmen, daß die Markgenossenschaft Südlengern, ungeachtet der vorgenommenen Ausweisung der Heuerlingsabfindung, Eigenthümerin der Grundstücke nicht geblieben sei. Wäre eine Bestätigung dieses Ergebnisses noch erforderlich, so würde sie in dem allegirten Rescripte vom 21. Juni 1786 zu finden sein. Denn vergebens strebt der Appellations-Richter durch Interpretation der gerade entscheidenden Stelle ihren Einfluß abzusprechen. Vielmehr folgt es ganz von selbst aus dem bisherigen Verhältnisse des Heuerlings zum Colonen, daß, wenn er aus demselben bisher Nutzungen in der Mark zu beziehen hatte, die Mark aber getheilt wurde und dem Heuerling auf einer Landabfindung die Nutzung angewiesen werden sollte, das Eigenthum dieses Landes dem Colonatbesitzer zufallen oder verbleiben mußte. Und deshalb bestimmt das Rescript auch ganz folgerecht, daß die Abfindung den Gutsbesitzern als ein Praecipuum zugetheilt werden solle.

Hiernach kann es lediglich darauf ankommen: ob die Provocatin, welche dem Antrage der Provocanten auf Theilung

Digitized by Google

der fraglichen Grundstücke auf Grund der Behauptung widersprochen, daß dieselben zum Gemeindeglieder-Vermögen der politischen Gemeinde Südlengern gehören, den Beweis eines anderweiten Erwerbes des Eigenthums geführt habe?

Im Voraus ist zu bemerken, daß die vom Appellations-Richter und von der Provocatin erfolgte Bezugnahme auf das Appellations-Urtel in Sachen Kleine Bursieck wider die politische Gemeinde Ostkilver dieser Ansicht und überhaupt nicht entgegenstehen kann, da in dem Urtel des Ober-Tribunals vom 3. Januar 1860 die Nichtigkeits-Beschwerde, in so weit sie gegen die Entscheidung der Sache selbst gerichtet war, bloß auf Grund thatsächlicher Feststellungen des Appellations-Richters zurückgewiesen ist, auch die Lage jener Sache mit der der vorliegenden nicht schlechthin übereinstimmt.

Der Appellations-Richter läßt sich auf die Prüfung von Beweisen eines Erwerbes des von der Provocatin behaupteten Eigenthums eigentlich gar nicht ein, vielmehr scheint er von den Provocanten, obgleich die Provocatin nur von der Markgenossenschaft das Eigenthum erworben haben konnte, noch einen besonderen Beweis des Gegentheils zu verlangen, und, weil die Heuerlinge gegenwärtig eine gewisse Classe von Gemeinde-Angehörigen ausmachen, bei der Markentheilung aber die Heuerlings-Abfindung zur Benutzung der Heuerlinge bestimmt worden, findet er den Grund seiner Entscheidung im §. 1. der Declaration vom 26. Juli 1847 (Ges. Samml. S. 327). Aber diese Bestimmung kann selbstredend dann keine Anwendung finden, wenn der Gemeinde das Eigenthum an dem Vermögens-Objecte, dessen Nutzungen den einzelnen Gemeinde-Mitgliedern oder Einwohnern zukommen, nicht, sondern einem Anderen gehört, und, wenn wie hier, nach dem Obigen das Nutzungsrecht der Heuerlinge ihnen nicht vermöge ihrer Eigenschaft als Angehörige der Gemeinde zusteht, sondern

Digitized by Google

aus ihrer Angehörigkeit zur Markgenossenschaft herstammt. Die gesammte Ausführung des Appellations-Richters muß daher in sich zusammenfallen.

Weiter wird in den Gründen der von der Provocatin opponirte Einwand der Verjährung durch Besitz und durch Nichtgebrauch beurtheilt und widerlegt, so wie das aus einer Schrift vom 4. Mai 1848 hergenommene Argument, worauf es vorliegend nicht ankommt. Dann schließen die Entscheidungsgründe:

Zu bemerken bleibt, daß über Ansprüche auf die Nutzungen der Heuerlingsweiden, welche etwa den Heuerlingen wider die vormaligen Markgenossen zustehen könnten, im gegenwärtigen Processe eine Entscheidung nicht zu treffen gewesen, deren Erörterung und etwaige Berücksichtigung vielmehr dem Theilungsverfahren selbst überlassen bleiben müssen.

№ 21.

Verwaltung einer gemeinschaftlichen Sache.

Findet die Vorschrift des §. 36. Tit. 17. Thl. I. A. L. R., nach welcher, beim gemeinschaftlichen Eigenthum, die Verwaltung der Sache der Regel nach sämmtlichen Theilnehmern gemeinschaftlich gebührt, auch in dem Falle Anwendung, wenn nur zwei gleichberechtigte Theilnehmer vorhanden und dieselben über die Art und Weise der gemeinschaftlichen Verwaltung uneinig sind?

A. L. R. Thl. I. Tit. 17. §§. 23. 24. 36. 37. 29.

Die Ehefrau Mathias R. setzte in ihrem Testamente

Digitized by Google

vom 10. Juli 1837 ihren Ehemann zur einen Hälfte und ihr einziges Kind, Maria, zur anderen Hälfte zu Erben ein. Sie bestimmte in Betreff des zu ihrem Vermögen gehörigen Sch. Kottens insbesondere: derselbe solle von ihrem Manne und ihrem Kinde stets gemeinschaftlich besessen werden, so daß ihr Mann die eine und ihr Kind die andere Hälfte desselben bekomme. Ihr Kind solle bei ihrer Großjährigkeit oder Verheirathung in den Besitz ihres Antheils gesetzt werden. Nach dem Tode ihres Mannes sollte dem Kinde freistehen, die auf den Mann vererbte Hälfte für den gerichtlichen Taxwerth zu übernehmen, und es wurde dem Manne deshalb untersagt, seine Hälfte anderweit zu veräußern oder zu belasten. Auch sollte vor dem Tode des Mannes keiner auf Theilung zu klagen berechtigt sein.

Die Tochter verehelichte H., ist am 20. October 1859 großjährig geworden, der Vater gleichwohl im alleinigen Besitz und Genuß des Kottens geblieben. Derselbe erkannte zwar an, daßseine Tochter zur Ausübung ihrer Miteigenthumsrechte befugt sei, verlangte aber, daß sie zu dem Ende den Kotten gemeinschaftlich mit ihm bewohne und mit ihm verwalte. Die Tochter hielt sich hierzu nicht für verbunden und trug, in Assistenz ihres Ehemannes, unter Bezugnahme auf §. 37. Thl. I. Tit. 17. A. L. R. und eventueller Beweisantretung darüber, daß eine solche gemeinschaftliche Verwaltung des Kottens unstatthaft sei, sowie, wegen nicht zu erlangender Stimmenmehrheit, mit Hinweisung auf §. 23. l. c., gegen ihren Vater klagend darauf an:

den Verklagten zu verurtheilen, sich entweder die Verwaltung des Sch. Kottens durch einen zu bestellenden gemeinschaftlichen Administrator oder die Verpachtung des Kottens, principaliter im Wege der öffentlichen Versteigerung,

Digitized by Google

eventuell im Wege des Aufgebots der Parteien unter sich, für gemeinschaftliche Rechnung gefallen zu lassen.

Der Verklagte beantragte die Abweisung der Klage. Er behauptete, daß die Klägerin nach dem Testamente nur zum Mitbesitz und zur Mitverwaltung des Kottens berechtigt sei, trat auch seiner Seits Beweis durch Sachverständige darüber an, daß eine solche gemeinschaftliche Verwaltung des 24½ Morgen großen Kottens statthaft und einträglicher als Verpachtung oder Administration sei.

Ohne Beweisaufnahme hat jedoch das Kreisgericht zu Duisburg am 29. September 1863 nach dem gedachten Klageantrage erkannt, und das Appellations-Gericht zu Hamm, dieses Urtel auf die Appellation des Verklagten, unterm 25. April 1864 bestätigt.

Die hiergegen von dem Verklagten erhobene Nichtigkeits-Beschwerde ist von dem ersten Senate des Ober-Tribunals am 21. November 1864 zurückgewiesen worden.

Gründe.

Der Sch. Kotten ist zufolge des Testaments der ersten Ehefrau des Verklagten vom 10. Juli 1837 ein gemeinschaftliches Eigenthum des Verklagten und der Klägerin zu gleichen Theilen, und es soll danach vor dem Tode des Verklagten keiner auf Theilung anzutragen berechtigt sein. Nach der Feststellung des vorigen Richters enthält das Testament aber über die Verwaltung und die Art der Benutzung des Kottens keinerlei Bestimmungen. Der vorige Richter hat daher in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter, auf den Grund der §§. 36. 37. 23. 24. Thl. I. Tit. 17. des A. L. R., dem Antrage der Klägerin gemäß, den Verklagten für schuldig erachtet, sich entweder die Verwaltung des zwischen ihm und der Klägerin gemeinschaftlichen Sch. Kottens zu St. durch einen gemeinschaftlichen Administrator oder die Verpachtung

Digitized by Google

des Kottens, principaliter im Wege der öffentlichen Versteigerung, eventuell, im Wege des Aufgebots unter sich, für gemeinschaftliche Rechnung gefallen zu lassen.

Der §. 36. l. c. lautet:

Auch die Verwaltung der Sache gebührt der Regel nach sämmtlichen Theilnehmern gemeinschaftlich.

§. 37. Findet die gemeinschaftliche Verwaltung nach der Natur der Sache, nach dem Einverständnisse sämmtlicher Theilhaber, oder nach einer entscheidenden Stimmenmehrheit (§§. 12—18.) nicht Statt: so muß ein gemeinschaftlicher Administrator bestellt, oder die Sache für gemeinschaftliche Rechnung verpachtet werden.

Der Anspruch der Klägerin — sagt der Appellations-Richter — auf Administration durch einen Dritten oder Verpachtung für gemeinschaftliche Rechnung, setze hiernach voraus: entweder, daß die gemeinschaftliche Verwaltung nach der Natur der Sache unausführbar sei — was sich von einem Ackergute nicht schlechthin behaupten lasse — oder daß die Miteigenthümer über die Verwaltung resp. Verpachtung einverstanden seien, oder endlich, daß die Majorität der Interessenten sich für diesen Modus der Benutzung der gemeinschaftlichen Sache ausspreche. Stimmenmehrheit lasse sich jedoch im vorliegenden Falle nicht erzielen, da nur zwei Theilnehmer vorhanden seien. Nach §§. 23. 24. a. a. O. würde daher der Streit über die Art der Benutzung des Kottens durch Compromiß, resp. in Ermangelung der Einigung der Parteien auch darüber, durch Richterspruch zu entscheiden sein.

Der Appellations-Richter tritt sodann dem ersten Richter auch darin bei, daß der Antrag der Verklagten, daß beide Theile den Kotten gemeinschaftlich verwalten und benutzen sollten, abzulehnen sei. Denn es liege zu Tage, daß bei der

Digitized by Google

Größe des Kottens, der zum Theil aus Heideland bestehe und einen Reinertrag von 50 Thlrn. abwerfe, nicht zwei Familien durch Bearbeitung des Kottens ihre Existenz sichern könnten; es stehe nicht einmal fest, daß das Haus beiden Familien Raum zur Bewohnung gewähre. Zum Anderen seien die Parteien uneinig über die Art und Weise der Ausübung des Mitbesitzes, über die von jedem derselben auf dem Kotten zu übernehmenden Arbeiten. Erwäge man noch das Verhältniß der Parteien zu einander, so erscheine es offenbar zweckmäßig, und dem Interesse beider Theile am meisten entsprechend, daß an der Verwaltung dieses unbedeutenden Ackerguts nicht mehrere Personen participirten, sondern dieselbe in einer Hand ruhe, eventuell der Kotten verpachtet werde. Daß es das Interesse des Verklagten mehr befördere, wenn er, wie bisher im Naturalbesitz des Kottens verbleibe, könne um so weniger ins Gewicht fallen, als dem Verklagten eventuell die Gelegenheit, den Kotten anzupachten, gegeben werde.

Der Implorant beschuldigt den Appellations-Richter, wegen jener Argumentation, einer Verletzung der §§. 36. 37. 23. 24. l. c. Denn, da er selbst annehme, daß keiner der im §. 37. gedachten Ausnahmefälle von der Regel des §. 36. vorliege, so müsse es bei dieser Regel der gemeinschaftlichen Verwaltung verbleiben und daher die Klägerin mit ihrem Antrage abgewiesen werden. Die §§. 23. 24. paßten also nicht hierher, was sich auch daraus ergebe, daß dieselben nur anwendbar seien, wo lediglich die Stimmenmehrheit entscheiden solle, wo es in Ermangelung derselben an einer Entscheidungsnorm fehle, nicht aber, wo, wie hier, das Gesetz eine Bestimmung als Regel gegeben habe, bei der es verbleiben soll, wenn nicht etwa die Stimmenmehrheit ein Anderes beschließe. Der §. 37. verweise deshalb auch nur auf die §§. 12—18,

Digitized by Google

nicht aber auf die §§. 23. und 24. a. a. O. Dieser Vorwurf ist jedoch nicht begründet.

Denn eines Theils ergiebt sich aus dem Zusammenhange der §§. 36—43, daß sie sämmtlich eine solche Mehrheit von Theilnehmern voraussetzen, welche den Beschluß durch Mehrheit der Stimmen möglich macht, so daß man es also dann, wenn weder Einverständniß, noch eine entscheidende Stimmenmehrheit im Sinne des §. 37 vorliegt, als dem Willen der Mehrheit entsprechend ansehen kann, daß es bei der gemeinschaftlichen Verwaltung sämmtlicher Theilnehmer nach §. 36. verbleibe. Dieses Moment des vermuthlichen Willens der Theilhaber fällt aber ganz weg, wenn nur zwei gleichberechtigte Theilnehmer vorhanden sind, so daß also für diesen Fall der §. 36. nicht als die Regel und der §. 37. als Inhalt der alleinigen Ausnahmen aufgefaßt werden kann. Anderen Theils würde immer wieder, wenn unter Anwendung des §. 36., wie hier, Streit über die Art und Weise der gemeinschaftlichen Verwaltung entstände, auf die allgemeinen Bestimmungen der §§. 23. und 24., welche in Ermangelung einer entscheidenden Stimmenmehrheit, bei Stimmengleichheit (Stimmenmehrheit im §. 23. ist ein offenbarer Druckfehler) die Entscheidung in die Hand des Richters legen, zurückzugehen sein.

Es kann daher schon von diesem Gesichtspunkte aus dem vorigen Richter nicht der Vorwurf einer Verletzung der gedachten Gesetze gemacht werden, wenn er die §§. 23. und 24. l. c. seiner Entscheidung vornämlich zum Grunde gelegt hat. Allerdings weisen diese allgemeinen Bestimmungen nicht nothwendig auf die im §. 37. erwähnten Maaßregeln der Administration oder der Verpachtung hin, bei welchen nach §. 38. wieder die Mehrheit der Stimmen darüber, ob Administration oder Pacht stattfinden soll, den Ausschlag giebt und eventuell

Digitized by Google

ebenso über die Auswahl des Administrators (§. 40.), außer diesem Falle aber wieder die §§. 23. 24. Anwendung finden. Allein, wenn der vorige Richter, nachdem ihm in den §§. 23. und 24. eingeräumten Arbitrium, den Anträgen der Klägerin auf Bestellung eines gemeinschaftlichen Administrators oder Verpachtung des Kottens für gemeinschaftliche Rechnung folgend, gerade diese Maaßregeln aus thatsächlichen Gründen für zweckmäßig und dem Vortheile beider Theile am meisten entsprechend erachtet und dagegen eine gemeinschaftliche Verwaltung des Kottens für nicht ausführbar befunden hat, so kann ihm deshalb auch der Vorwurf einer Verletzung jener Gesetze nicht gemacht werden.

Es kann daher auch ganz dahin gestellt bleiben, ob nicht der §. 37. schon deshalb hier Anwendung finden konnte, weil nach der thatsächlich angenommenen Unausführbarkeit der gemeinschaftlichen Verwaltung des Kottens durch die uneinigen beiden Parteien, der erste Fall des §. 37.: „weil die gemeinschaftliche Verwaltung nach der Natur der Sache nicht stattfindet", hier zutreffe.

Es mag indessen auch noch bemerkt werden, daß in den §§. 27. und 29. l. c. gerade für den hier vorliegenden Fall, wo es sich nicht bloß um die Verwaltung, sondern wesentlich auch um den Besitz und die Benutzung des Kottens handelt, bei Gleichheit der Antheile, und entstehendem Streite gerade auf die §§. 37 ff. hingewiesen wird, indem der §. 29. verordnet:

> Soweit mit der Gewahrsam der Sache theilbare, oder solche Nutzungen, die nach Gelde geschätzt werden können, verbunden sind, finden die Vorschriften §. 37 ff. Anwendung.

Die Nichtigkeits-Beschwerde erscheint hiernach als nicht begründet, und es war dieselbe daher zufolge §. 18. der Verordnung vom 14. December 1833 zurückzuweisen.

Digitized by Google

№ 22.

Churmark. Lehnsschulden.

Ist nach Churmärkischem Provinzial-Rechte

1. die Bezahlung einer die Substanz des Lehns berührenden (absoluten) Lehnsschuld als eine Melioration des Lehns anzusehen, deren Erstattung die Allodial-Erben des zahlenden Lehnsbesitzers von dem Lehnsfolger verlangen können?
2. die Verbindlichkeit des Lehnsfolgers, insbesondere eines zur Rückcession gelangenden Lehnsvetters, eine dergleichen gezahlte Lehnsschuld den Allodial-Erben zu erstatten, von einem Seitens des zahlenden Lehnsbesitzers zu Gunsten seiner Erben gemachten Vorbehalte abhängig?
3. der Lehnsfolger unbedingt zur Zahlung von Zinsen der zu erstattenden Summe (Nr. 1.) gesetzlich verpflichtet?

Lehns-Consttution vom 1. Juni 1723 §§. 3. 16. 27. (Mylius C. C. M. II. Abthl. V. Nr. 76. S. 125 ff. Rabe Samml. I. S. 657 ff.) Lib. Feud. I. 6. §. 3.

A. L. R. Thl. I. Tit. 18. §§. 229—233. 527. ff. 580. ff. 594. 597. 598., Tit. 16. §§. 64. ff.

Als Allodial-Erben resp. Erbeserben des am 18. Juni 1832 ohne lehnsfähige Descendenz verstorbenen Besitzers des Lehns K., des Referendar von A., haben sich seine Schwester

Digitized by Google

Rosalie verehelichte Baronin v. d. G. und die Kinder seiner zweiten Schwester Caroline verehelicht gewesenen v. W. legitimirt. Dieses Lehn wurde nach seinem Tode auf den Major v. A. und auf den Hauptmann v. A. vererbt und ist nach dem am 13. September 1852 erfolgten Tode des Ersteren auf den Sohn des bereits am 15. October 1847 verstorbenen Hauptmanns v. A., den Verklagten, übergegangen. Wider diesen gegenwärtigen Lehnsbesitzer und agnatischen Lehnsnachfolger des Referendars Otto v. A. haben die Allodial-Erben des Letzteren im vorliegenden Processe unter anderen folgenden Anspruch geltend gemacht.

Aus dem Lehnsnachlasse des Vaters des Referendar Otto v. A. stand dessen genannten beiden Schwestern Caroline und Rosalie eine Lehnsabfindung zum unstreitigen Betrage von 1898 Thlr. 13 Sgr. 5 Pf. zu. Besage der Verhandlungen vom 27. November und 12. December 1831 schloß dieser mit den damals bereits verheiratheten Schwestern dieserhalb einen Vergleich ab, wonach er denselben diese Abfindung zahlte, und die Schwestern dagegen ihm alle ihre wegen ihrer Abfindung gegen die Substanz des Lehns zustehenden Rechte cedirten, so daß er auch befugt sein sollte, die Wiedererlangung der in das Lehn verwendeten Capitalien zu verfolgen. Von dieser Befugniß haben nun seine Allodial-Erben mittelst der am 16. Juni 1862 präsentirten Klage gegen den Verklagten, als jetzigen Lehnsbesitzer, Gebrauch gemacht, und darin, unter Abrechnung eines dem Allodial-Nachlasse ihres Erblassers wegen Holzdevastation zur Last fallenden Betrages von 1539 Thlr. 13 Sgr. 6 Pf., darauf angetragen:

den Verklagten zur Zahlung von 359 Thlr. nebst fünf Procent Verzugszinsen seit dem Todestage ihres Erblassers, dem 18. Juni 1832, zu verurtheilen.

Sie stützen ihren Anspruch rücksichtlich des Capitals darauf,

Digitized by Google

daß nach §. 3. der Märkischen Lehns-Constitution vom 1. Juni 1723 die Abfindung der Töchter eine absolute, gesetzlich aus der Substanz des Lehns zu zahlende Lehnsschuld sei, die Befreiung des Lehns von einer solchen Schuld eine Melioration des Lehns enthalte, nach §. 27. a. a. O. aber von zur Lehns-Succession gelangenden Vettern alle Meliorationen bezahlt werden müßten, auch dem nach A. L. R. Thl. I. Tit. 18. §. 594. erforderlichen Vorbehalte des zahlenden Erblassers durch Ausstellung der von den bezahlten Lehns-Gläubigerinnen ausgestellten Cessionen genügt sei. Die Zinsenforderung aber stützen sie auf §. 598. a. a. O., weil seit dem Todestage ihres Erblassers, von wo ab, da derselbe nicht gegen sich selbst habe klagen können, erst actio nata geworden, Verjährung noch nicht eingetreten sei.

Der Verklagte hat die Abweisung der Kläger verlangt, weil das Allg. Landrecht so wenig wie die Märkische Lehns-Constitution Bezahlung einer Lehnsschuld zu den Meliorationen rechne, letztere vielmehr von den die Schulden des Lehns betreffenden Verhältnissen unterscheide, und der im §. 594. vorgesehene Vorbehalt des zahlenden Erblassers zu Gunsten seiner Allodial-Erben durch die von den bezahlten Schwestern ihm selbst ausgestellten Cessionen nicht ersetzt werde. In Betreff der Zinsen aber hat er eingewendet, durch die eigenen Anführungen der Kläger werde das Rechtsverhältniß klar zu ihren Ungunsten dargelegt, da dieselben nicht noch einmal dieselben Abfindungen von ihm als Lehnsfolger verlangen könnten, die ihr Erblasser seinen Schwestern bereits bezahlt habe. Auch könne er, da er die eine Hälfte des Lehns erst am 15. October 1847, die zweite erst am 13. September 1852 erhalten und seine Lehnsvorbesitzer die Zinsen nicht gezahlt, also in ihrem Allodial-Vermögen behalten hätten,

Digitized by Google

schlimmstenfalls erst von dieser Zeit an als Lehnsbesitzer zur Entrichtung von Zinsen schuldig sein.

Seiner Einwendungen ungeachtet ist der Verklagte durch die in soweit gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Templin vom 7. Juli 1863 und des Kammergerichts vom 4. Februar 1864 nach dem Klageantrage verurtheilt worden.

Die vom Verklagten gegen das Appellations-Urtel eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist vom ersten Senate des Ober-Tribunals am 17. Februar 1865 in Betreff der Capitalsforderung zurückgewiesen, in Betreff des Zinsenpunktes dagegen für begründet erachtet worden, aus nachstehenden

Gründen.

Der Appellations-Richter nimmt an, daß das wesentlich aus der gemeinen Theorie hervorgegangene Märkische Provinzial-Recht aus derselben in der schwierigen und bestrittenen Materie von den Lehnsschulden sein Licht erhalte. Er geht davon aus, daß die deutsche Praxis sowie Particular-Rechte die im longobardischen Lehnrechte I. Feud. 6. §. 3. anerkannte Verpflichtung zur Alimentation eines mutus in analoger Erweiterung der Lehnsgesetze, namentlich auch die Alimente und Mitgift für die Töchter der Vasallen zu gesetzlichen und absoluten Lehnsschulden erhoben hätten, bemerkt sodann, daß den größten Einfluß auf diese Lehre die Sächsischen Constitutionen, von denen der Inhalt der Constitution von 1572 angeführt wird, gehabt hätten, beruft sich auf die Schriften von Beseler, Eichhorn, Mayer und Pätz, und bezieht sich zum Nachweise, daß auch das Märkische Lehnrecht im Wesentlichen auf denselben Grundsätzen beruhe, auf §. 3. der Lehns-Constitution vom 1. Juni 1723, wonach auch die Ausstattungskosten und Abfindungsgelder der Töchter und Schwestern als solche Lehnsschulden anerkannt seien, die von jedem Lehnsfolger unbedingt aus dem Lehne bezahlt werden müßten.

Digitized by Google

Der Appellations-Richter erkennt nun zwar an, daß das Märkische Lehnrecht keine ausdrückliche Bestimmung darüber enthalte, wie es mit der Erstattung solcher die Substanz des Lehns berührenden Lehnsschulden an die Allodialerben des Lehnsbesitzers, der sie aus seinem eigenen Vermögen bezahlt habe, gehalten werden solle, er erachtet jedoch auch dafür den §. 27. der Lehns-Constitution wegen der Lehns-Verbesserungen entscheidend, bezieht sich zur Rechtfertigung der Ansicht, daß die Tilgung einer solchen Lehnsschuld als eine Lehns-Verbesserung anzusehen sei, auf die Lehrer des gemeinen Lehnrechts, Pätz und Eichhorn, sowie auf die Ausführung von Scholz v. Hermensdorf in den Motiven zum Entwurfe des Märkischen Provinzialrechts, und nimmt endlich an, daß auf Grund des §. 230. Tit. 18. Thl. I. A. L. R. das Märkische Provinzialrecht maaßgebend sei, und daß, da dasselbe die vorliegende Streitfrage zu Gunsten der Kläger und gegen Verklagten entscheide, es auf die landrechtlichen Bestimmungen wegen der Lehnsschulden in den §§. 580 ff. a. a. O. und auch auf §. 594. hier gar nicht weiter ankomme.

Wenn die Nichtigkeits-Beschwerde zunächst die Verletzung des Sächsischen Rechts und der const. elect. von 1572 aus dem Grunde rügt, weil danach die Ausstattung der Töchter nur dann ein debitum feudale necessarium sei, wenn der Vater deshalb Geld aufgenommen habe, so kann die Richtigkeit dieses Vorwurfes ganz dahin gestellt bleiben. Denn der Appellations-Richter hat nicht auf das Sächsische Lehnrecht, sondern auf das Märkische Provinzialrecht seine Entscheidung gestützt und dem ersteren nur rechtsgeschichtliche Bedeutung beigelegt. Darin liegt offenbar kein rechtsgrundsätzlicher Verstoß. Der Appellations-Richter stützt vielmehr die Annahme: daß nach Märkischem Provinzialrechte die Ausstattungen und Abfindungsgelder der Töchter solche Lehnsschul-

Digitized by Google

den seien, die von jedem Lehnsfolger unbedingt aus dem Lehne bezahlt werden müßten, ausdrücklich auf §. 3. der Lehns-Constitution vom 1. Juni 1723, und da hiergegen in der Nichtigkeits-Beschwerde ein Angriff nicht gemacht ist, so kann es darauf nicht ankommen, was der Appellations-Richter über den Einfluß gesagt hat, welchen das Sächsische Recht auf die Ausbildung der deutschen Praxis nnd die Particular-Gesetzgebung in der Materie von den Lehnsschulden gehabt habe.

Implorant wirft dem Appellations-Richter weiter vor, durch die Annahme: die den Töchtern gewährte dos sei im Sinne des §. 27. der gedachten Lehns-Constitution zu den meliorationes extantes zu rechnen, welche den bloßen Agnaten gegenüber zur Erstattung gebracht werden müßten, diesen §. 27. durch unrichtige Anwendung verletzt zu haben, weil dessen Vorschriften nur die eigenen Rechte des Reluenten in Betracht zögen, aber keine Lösung der gegenwärtigen Frage enthielte: ob die Allodial-Erben eines Lehnsbesitzers, der die Ausstattung aus seinem Vermögen vorbehaltlos hergegeben habe, nach dessen Tode die Erstattung derselben als einer Lehnsschuld aus dem Lehne zu fordern berechtigt seien?

Auch diese Rüge scheint nicht begründet. Der §. 27. cit. bestimmt:

> Was die meliorationes extantes der Güter anlanget, so gehören dieselben unter den Kindern ad allodium, wenn der Vater sich dahin declarirt hat, dafern aber keine Declaration vorhanden, soll die Hälfte der Meliorationen zum Erbe gerechnet und die andere Hälfte bei dem Gute freigelassen werden.
>
> Wenn aber die Vettern oder Exspectativi zur Succession kommen, soll es nach bisheriger Observanz gehalten, und alle meliorationes bezahlt werden.

Digitized by Google

Wenn Jemand ein gewesen Lehngut reluiret, soll das Reluitionspretium unter die Meliorationes mit gerechnet werden, es wäre denn, daß der Reluent ein anderes deshalb disponiret hätte.

Da nach dem Ableben des Erblassers der Kläger Vettern zur Succession in das Lehn K. gekommen sind, so kann nach Alinea 2. des §. 27. die Verpflichtung derselben und auch des Verklagten als jetzigen Lehnsbesitzers, den Klägern alle Meliorationen zu bezahlen resp. zu erstatten, an sich nicht zweifelhaft sein. Die Lehns-Constitution vom 1. Juni 1723 definirt jedoch nicht, was als eine Melioration anzusehen sei, und bestimmt im Alinea 3. des §. 27. nur, daß ein Reluitionspretium, welches der Besitzer gezahlt habe, unter die Meliorationes mit gerechnet werden solle, wenn der Reluent ein Anderes deshalb nicht disponirt habe. Der Appellations-Richter erachtet, wie sich aus seiner oben angegebenen Ausführung ergiebt, die Bestimmung im Alinea 3. nur als ein Beispiel einer zu erstattenden Melioration, und nimmt, im Anschluß an die Meinungen der Lehnrechtslehrer Pätz und Eichhorn, sowie in Uebereinstimmung mit der Ausführung von Scholz v. Hermensdorf in den Motiven zu seinem Entwurfe des Churmärkschen Provinzial-Rechts an, daß die Bezahlung einer wirklichen (absoluten) Lehnsschuld, welche der Besitzer aus seinem eigenen Vermögen geleistet habe, zu den Lehns-Verbesserungen, welche nach §. 27. dessen Allodial-Erben vom Lehnsfolger zu erstatten seien, ebenfalls mit zu rechnen sei, weil, wenn die Zahlung einer solchen Schuld nicht erfolgt wäre, der Verkauf des Lehns selbst hätte veranlaßt werden können und müssen. Darin ist keine unrichtige Anwendung des §. 27. zu finden. Da derselbe sich nicht darüber ausspricht, was unter Meliorationen überhaupt verstanden werden soll, und, da auch das Allg. Landrecht in

Digitized by Google

Betreff der Erstattung der Meliorationen Thl. I. Tit. 18. §§. 527—553. von den Bestimmungen des §. 27. der Lehns-Constitution durchaus abweichende Vorschriften enthält, übrigens nur Pertinenzen und andere Meliorationen (§§. 527—542. und 543.) unterscheidet, aber ebenfalls nicht sagt, was unter diesen anderen Verbesserungen des Lehns zu verstehen sei, so war der Appellations-Richter vollkommen berechtigt, zur Entscheidung dieser Frage auf die allgemeinen Grundsätze des Lehnrechts zurückzugehen, und namentlich auch aus dem im Alinea 3. des §. 27. angeführten Beispiele einen Schluß darauf zu machen, daß, in Uebereinstimmung mit bewährten Lehnrechtslehrern, auch die Befreiung des Lehns von einer die Substanz des Lehns berührenden Schuld zu den Fällen einer Melioration des Lehns zu rechnen sei. In der That herrscht darüber gemeinrechtlich auch kein Zweifel. Denn auch außer den vom Appellations-Richter citirten Schriften von Pätz und Eichhorn sagt Zachariä Sächsisches Lehnsrecht 2. Auflage §. 202. Nr. 1. S. 273/4.:

> Gemeinrechtlich gehöre zu dem, was entweder aus dem Vermögen des Vasallen oder von dem Gelde eines Anderen zur nützlichen Besserung des Lehns verwendet worden sei, auch Geld, was der Vasall zur Tilgung einer Lehnsschuld angewendet habe;

und es waltet wesentlich unter diesen und anderen Rechtslehrern, so wie in der gemeinrechtlichen Praxis nur darüber: in wieweit alle oder nur einige Lehnsfolger zur Erstattung aller oder nur gewisser Meliorationen verpflichtet seien? Streit ob. Dieser ist aber particularrechtlich für die Märkischen Lehne durch Alinea 2. des §. 27. der Constitution vom 1. Juni 1723 bei zur Succession kommenden Vettern, — ein Fall, der hier vorliegt, — dahin bestimmt entschieden, daß dieselben alle Meliorationen den Allodial-Erben des

Digitized by Google

Verwenders zu bezahlen haben sollen. Dem Appellations-Richter fällt daher durch seine angefochtene Ausführung, daß die Tilgung einer wirklichen, die Substanz des Lehns berührenden d. h. belastenden Lehnsschuld als eine Melioration des Lehns im Sinne des §. 27. cit. anzusehen sei, eine unrichtige Anwendung dieses §. 27. nicht zur Last.

Eben so wenig aber erscheint der ferner dem Appellations-Richter gemachte Vorwurf, diesen §. 27. der Lehns-Constitution in Verbindung mit §. 230. und §. 594. Tit. 18. Thl. I. A. L. R. verletzt zu haben, begründet. Impoloranf scheint durch die Bemerkung: der §. 230. verweise, im Anschluß an das Sächsische Recht, über die Frage, ob zum Zweck der Abfindung der Ehegattin und der Töchter des Vasallen das Lehn auch ohne Consens des Lehnsherrn mit Schulden belastet werden könne, auf die Provinzial-Rechte, dieser Fall liege aber hier nicht vor — die Anwendbarkeit des Märkischen Provinzial-Rechts auf den gegenwärtigen Streit überhaupt in Zweifel ziehen zu wollen. Diese Ansicht ist aber ganz verfehlt. Denn abgesehen davon, daß das Allg. Landrecht nicht bloß hinsichtlich der im §. 230. berührten Fragen, sondern in §§. 231—233. ausdrücklich auch darüber, inwiefern Lehnsschulden zu ihrer Gültigkeit des Consenses des Lehnsherrn bedürfen (§. 229.) und absolute oder subsidiäre resp. die Substanz des Lehns angehende oder nur aus den Nutzungen zu tragende sind, auf die Provinzial-Gesetze verweist, so kann die Gültigkeit der Lehns-Constitution vom 1. Juni 1723, als eines märkischen Provinzial-Gesetzes, in keiner Weise zweifelhaft sein, und hieraus folgt nach §. III. des Publications-Patents zum Allg. Landrechte, daß sie in der vorliegenden Rechtsangelegenheit die hauptsächlichste Entscheidungsnorm bildet, selbst wenn letzteres in der Materie des Lehnrechts nicht ausdrücklich auf die provinzialrechtlichen Be-

Digitized by Google

stimmungen verwiesen hätte. Wenn Implorant aber noch weiter meint:

> Nach §. 594. cit. werde durch die Hergabe der Ausstattung aus dem Allodial keine Melioration des Lehns begründet, sofern der Erblasser nicht ausdrücklich und schriftlich erklärt habe, den Ersatz seinen Erben aus dem Lehne vorbehalten zu wollen, was hier nicht geschehen sei, und diese Vorschrift bleibe, weil das Churmärkische Provinzial-Recht im §. 27. der Lehns-Constitution davon nicht abweiche, in Betreff der gesetzlichen Formen, unter denen die Allodial-Erben für die von dem Lehnsbesitzer bezahlten Lehnsschulden Ersatz verlangen könnten, die allein anwendbare, weshalb der Appellations-Richter beide gesetzlichen Vorschriften verletzt habe, —

so erscheint auch dieser Angriff verfehlt. Denn ist, wie oben gezeigt, der Vorwurf des Imploranten: der Appellations-Richter habe den §. 27. cit. bei der Beurtheilung ob im vorliegenden Falle die Tilgung einer die Substanz des Lehns berührenden Lehnsschuld als eine Melioration desselben, welche der zur Succession gelangte Lehnsvetter zu bezahlen resp. zu erstatten habe, anzusehen sei, verletzt, nicht begründet, und steht auch die Gültigkeit der Lehns-Constitution als eines dem Allg. Landrechte vorgehenden Provinzial-Gesetzes, unzweifelhaft fest; so kann es nicht weiter darauf ankommen, daß das Allg. Landrecht den Fall der Tilgung einer Lehnsschuld nicht als eine Lehns-Melioration behandelt und deren Erstattung Lehnsfolgern nur dann auferlegt, wenn der zahlende Lehnsbesitzer dieselben seinen Allodial-Erben vorbehalten hat. Abgesehen davon, daß der im §. 594. erforderte Vorbehalt mehr als eine Form ist, so geht der §. 27. der Lehns-Constitution den landrechtlichen Bestimmungen unzweifelhaft vor, und da er eine der Vorschrift des §. 594. entsprechende Bestimmung

Digitized by Google

nicht enthält, in seinem Alinea 3. hinsichtlich der Verpflichtung der Lehnsfolger, ein mit zu der Melioration gerechnetes Reluitions-Pretium zu erstatten, sogar ausdrücklich von dieser Vorschrift abweicht, so ist die Beschwerde des Imploranten in der angebrachten Art augenscheinlich unbegründet.

Was endlich den Zinsenpunkt betrifft, so sind den Klägern die seit dem 18. Juni 1832, dem Todestage ihres Erblassers, geforderten fünf Procent Verzugszinsen vom ersten Richter aus dem Grunde zugesprochen worden, weil die Erstattungs-Verbindlichkeit (rücksichtlich des gezalhten Abfindungs-Capitals) für die Lehnsfolger desselben mit der Uebernahme des Lehns nach dessen Tode eingetreten sei. Der Appellations-Richter hat seine bestätigende Entscheidung durch folgende Ausführung motivirt:

> Nach §. 3. der Lehns-Constitution müßten Zinsen, die wie das Capital selbst eine Lehnsschuld seien, als solche, soweit sie rückständig, pure und schlechterdings von jedem Lehnsfolger aus dem Lehngute bezahlt werden, also sei auch der Verklagte als Lehnsbesitzer dafür verhaftet, und der Umstand, daß er erst 1847 und 1852 in den Besitz von K. gekommen, sei den Klägern gegenüber unerheblich, da es dem Successor nur überlassen werden könne, solche restirende Zinsen aus dem Erbe wieder zu fordern und wegzunehmen.

Implorant macht hiergegen dem Appellations-Richter den Vorwurf der Verletzung

a. des §. 3. der Lehns-Constitution, weil sich derselbe nur auf den Fall beziehe, wenn nach Nr. 9. eine mit Zinsen verbundene Schuld habe contrahirt werden müssen;
b. der §§. 64—68. Tit. 16. Thl. I. A. L. R., weil, beim Mangel eines schriftlichen Versprechens, der Zinsenanspruch nur an die Existenz eines Zahlungstages oder

Digitized by Google

an den Nachweis einer Aufforderung hätte geknüpft werden können; endlich

c. des §. 232. Tit. 7. Thl. I. A. L. R., weil er redlicher Besitzer der Lehngüter sei und es an dem Nachweise seines unredlichen Besitzes des eingeklagten Capitals fehle.

Die Rüge der Verletzung des §. 3. der Lehns-Constitution und der §§. 64—68. Tit. 16. Thl. I. A. L. R. erscheint auch begründet.

Der §. 3. cit. bestimmt zunächst: die Agnaten und successores feudales seien zu consentiren schuldig

„wenn (Nr. 4.) zur Ausstattung einer Schwester (Nr. 9. zur Bezahlung des Lehnscanons) etwas aufgenommen und Schuld contrahirt werden müßte",

und verordnet sodann:

Es müßten auch solche Schulden, soviel das Capital nebst den Zinsen betrifft, pure und schlechterdings aus denen Gütern ꝛc. bezahlt werden, ohne Unterschied, ob ein zureichendes Allodium vorhanden oder nicht. Es bleibet aber dem Successori frei, solche restirende Zinsen aus dem Erbe wieder zu fordern und weg zu nehmen, desgleichen der Regreß wegen der zur Abführung des Lehns Canonis zu bezahlenden Schulden, wider das Erbe vorbehalten.

Diese Bestimmung bezieht sich nach ihrem deutlichen Wort-Inhalte nur auf die hier unstreitig nicht vorliegenden Fälle, daß ein Lehnsbesitzer zur Bezahlung der Ausstattung resp. Abfindung von Schwestern auf das Lehn eine Schuld aufgenommen und contrahirt hat, was, wie vorausgesetzt wird und vorausgesetzt werden kann und muß, nur gegen Uebernahme einer Zinsverbindlichkeit möglich sein wird, oder daß, weil nach §. 16. dergleichen Ausstattungsgelder bis zur Verheirathung der Schwestern bei den Brüdern zu fünf Procent

Digitized by Google

stehen bleiben sollen, während solche von Bettern sofort bei Antritt der Güter den Töchtern des Verstorbenen zu entrichten sind, das Ausstattungs-Quantum zu fünf Procent verzinslich auf den Gütern während der Besitzzeit des Bruders wirklich stehen geblieben ist. In diesen Fällen ist also das Lehn mit einer — im ersten Falle ex pacto, im letzten ex lege — verzinslichen Schuld verhaftet, und die Vorschrift des §. 3. cit., wonach Capital nebst Zinsen pure und schlechterdings von jedem Lehnsfolger aus dem Lehne bezahlt werden soll, eine nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen vollkommen gerechtfertigte. Anders, wenn keine Schuld Behufs Abfindung der Schwestern contrahirt und aufgenommen, das Abfindungscapital selbst vielmehr bereits verheiratheten Schwestern gezahlt worden ist. Dadurch ist das Lehn mit einer verzinslichen Schuld überhaupt nicht belastet worden, und es kann deshalb auch in solchem Falle weder von fortlaufenden noch von restirenden (versprochenen oder gesetzlichen) Zinsen die Rede sein. Wenn gleich die Abfindung von Schwestern auf Grund des §. 3. der Lehns-Constitution als eine absolute Lehnsschuld anzusehen ist, und wenn die Tilgung einer solchen nach §. 27. ibid. als eine von agnatischen Lehnsfolgern zu erstattende Melioration in Betracht kommen kann, so sind doch, wenn die getilgte Schuld eine unverzinsliche war, für die Frage, ob und von welchem Zeitpunkte an der Lehnsfolger, welcher sie erstatten soll, von der erstattet verlangten Summe Verzugszinsen zu entrichten habe, nicht die Bestimmungen des §. 3., sondern die allgemeinen oder besondern Grundsätze rücksichtlich der Vergütung von Verbesserungen maaßgebend. Der Appellations-Richter hat dies verkannt und den §. 3. somit auf einen nicht passenden Fall angewendet, weshalb seine Entscheidung des Zinsenpunktes schon aus diesem Grunde der Vernichtung unterliegt.

Digitized by Google

Bei freier Beurtheilung kömmt zunächst in Betracht, daß die Lehns-Constitution vom 1. Juni 1723 weder im §. 27. noch sonst Bestimmungen über die Verbindlichkeit des Lehnsfolgers, die für Meliorationen zu vergütende Geldsumme zu verzinsen, enthält. Auch das subsidiarisch zur Anwendung kommende Allg. Landrecht enthält hierüber in den von Verbesserungen handelnden §§. 527.—553. Tit. 18. Thl. I. keine Vorschrift, und selbst wenn, was jedoch nicht anzunehmen ist, die §§. 597. 598. analoge Anwendung finden könnten, so würden die an Stelle der bezahlten Gläubiger, der bei der Zahlung bereits verheirathet gewesenen Schwestern des Otto v. A., getretenen Erben des Letzteren doch immer nur Erstattung einer unverzinslichen Schuld beanspruchen können. Es fragt sich daher lediglich, ob nach allgemeinen gesetzlichen Vorschriften die Forderung von Verzugszinsen seit dem Tode des Otto v. A. gerechtfertigt ist? Dies muß a er verneint werden.

Das Gesetz bestimmt für Meliorationen keinen Zahlungstag. Die Feststellung ihres Betrages an sich, sowie mit Rücksicht auf etwa aus dem Allodium zu vertretende, compensable Deteriorationen setzt eine Auseinandersetzung zwischen dem Lehnsfolger und den Allodial-Erben des verstorbenen Lehnsbesitzers voraus. Im vorliegenden Falle sind unstreitig dabei Deteriorationen wegen Holzdevastationen zur Sprache gekommen und Kläger haben sich in ihrer Klage selbst dazu erboten, vergleichsweise einen bestimmten Betrag davon auf ihre Meliorationsforderung in Abzug zu bringen. Einen früheren Zeitpunkt der Geltendmachung ihres Anspruchs in der jetzt verlangten Höhe vom Verklagten haben Imploraten selbst nicht einmal angegeben. Und wenn sie damit bis zur Anstellung der Klage, welche erst zwei Tage vor Ablauf von dreißig Jahren seit dem Tode ihres Erblassers angebracht ist,

Digitized by Google

gezögert haben, so schützt sie dieser Zeitpunkt der Klage zwar gegen den Einwand der Verjährung hinsichtlich ihrer Capitalsforderung, berechtigt sie aber selbstredend nicht, die ihnen nachtheiligen Folgen ihrer beinahe dreißig Jahre unterlassenen Geltendmachung ihrer Forderung dem Verklagten aufzubürden. Dieser durfte abwarten, ob und in welcher Höhe die Allodial-Erben des Otto v. A. Meliorationen erstattet verlangen und sich zur Vergütung der diesem zur Last fallenden Deteriorationen bereit erklären würden und es ist deshalb im vorliegenden Falle der §. 71. Tit. 16. Thl. I. A. L. R. durchgreifend, wonach der Verklagte Verzugszinsen erst vom Tage der Klagebehändigung, dem 10. Juli 1862, zu entrichten hat, durchgreifend. Denn erst von da ab ist derselbe in Bezahlung der als Vergütung einer Lehnsverbesserung von ihm geforderten Geldsumme säumig geworden. (§. 64. a. a. O.).

Hieraus folgt, daß Verklagter unter Abänderung des ersten Urtels nur zur Zahlung von fünf Procent Verzugszinsen der den Klägern zuerkannten Capitalsumme seit dem 10. Juli 1862 zu verurtheilen, dagegen die Abweisung der Kläger mit ihrer Mehrzinsenforderung auszusprechen ist.

№ 23.

Pommern. Wiederkäufliche Veräußerung eines hinterpommerschen Lehns. Reluition. Gleichberechtigter Agnat.

Kann ein Agnat, welcher zu der Zeit, als ein hinterpommersches Lehngut von dem Lehnsbesitzer an einen Dritten wiederkäuflich extra familiam verkauft

Digitized by Google

wurde, in das Lehns- und Succeſſions-Regiſter noch nicht eingetragen war, von einem anderen gleich nahen Agnaten, der im Wege der Reluitions-Klage das gedachte Lehn an ſich und in den Lehnsgang zurückgebracht hat, die Herausgabe des Lehns zur Hälfte verlangen, wenn er inzwiſchen nachträglich in das genannte Regiſter eingetragen worden iſt?

Geſetz über die Lehns- und Succeſſions-Regiſter in Altvorpommern und Hinterpommern vom 11. Juli 1845. §§. 7. 8. 10. (Geſ.-S. S. 475. 476.

Dieſe Frage iſt in der Sache des Canonicus v. P. wider ſeine beiden Neffen, die Gebrüder Henning u. Anſelm v. P., von dem Appellations-Richter bejahet, in dem Reviſions-Urtel des erſten Senates des Ober-Tribunals, vom 20. Juni 1864 aber, unter Wiederherſtellung des erſten Erkenntniſſes verneint worden. Es lauten die desfallſigen

Gründe.

Die im Kreiſe Cammin belegenen Güter F. und R. ſind von P.ſche, vom vormaligen Domcapitel Cammin verliehene Afterlehne. Der frühere Beſitzer derſelben, der Prälat Friedrich Albert Theodor v. P. hatte dieſe Lehngüter ohne Conſens der Agnaten am 19. März 1847 und weiter am 3. Februar 1853 auf die Zeit von Marien 1847 bis Marien 1947 an den Carl Ernſt B. wiederkäuflich verkauft. Als er am 14. März 1854 ohne lehnsfähige Nachkommen verſtarb, ſtellten ſeine nächſten Agnaten: die Gebrüder Canonicus Theodor Anton Wichard v. P. und Oberſt-Lieutenant Friedrich Eduard Wilhelm v. P. am 18. April 1855 die Reluitions-Klage gegen den B. an. Der Canonicus v. P. wurde jedoch ſofort per decretum abgewieſen, weil er zur Zeit der Ver-

Digitized by Google

äußerung, in den Jahren 1847 und 1853 in die Lehns- und Succeſſions-Regiſter noch nicht eingetragen geweſen war. Dagegen erlangte der Oberſt-Lieutenant v. P. ein rechtskräftiges Urtel auf Herausgabe der Güter an ihn gegen Erſtattung des Reluitions-Quanti (vergl. Entſcheid. Bd. 36. Seite 125.).

In einem ferneren Proceſſe ſeiner Söhne und Lehnserben gegen den V. wurde das Reluitions-Quantum rechtskräftig auf 100,510 Thlr. feſtgeſetzt, und dieſe Summe ſpäter, mit Hinſicht auf den Erſatz der Meliorationen, vergleichsweiſe auf 110,000 Thlr. erhöht, gegen deren Empfang auch der V. am 1. Juli 1862 die genannten Güter an die Reluenten, die jetzigen Verklagten, herausgab.

Inzwiſchen hat der Canonicus v. P. gleich nach dem Tode des Prälaten v. P. mittelſt Eingabe vom 1. April 1854 ſeine Lehns- und Succeſſionsrechte auf die genannten beiden Güter zu dem Lehns- und Succeſſions-Regiſter angemeldet und war in daſſelbe vermöge Decrets vom 26. April 1854 vorſchriftsmäßig eingetragen worden. Nunmehr hat er gegen ſeine beiden vorgedachten Neffen klagend am 29. Auguſt 1862 den Antrag geſtellt:

> ſie zu verurtheilen, ihm die Lehngüter F. und R. nebſt Zubehörungen und Früchten ſeit der Klagebehändigung, gegen Erſtattung der Hälfte des Reluitions-Quanti und der Vorproceß-Koſten, zur Hälfte herauszugeben.

Die zugleich von ihm beantragte Eintragung einer Proteſtation zur Erhaltung ſeiner Rechte iſt auch ex decreto vom 10. September 1862 erfolgt.

Das Kreisgericht zu Cammin hat am 6. Januar 1863 den Kläger abgewieſen und demgemäß auch auf Löſchung der für ihn eingetragenen Proteſtation erkannt. Dagegen erachtete das Appellations-Gericht zu Stettin in ſeinem Urtel vom

Digitized by Google

26. September 1863 die Verklagten für schuldig, dem Kläger die Lehngüter F. und R. nebst Zubehörungen in dem Zustande, wie ihnen solche von dem Gutsbesitzer V. übergeben worden, gegen Erstattung resp. Uebernahme der Hälfte des in dem, zwischen den Verklagten und dem Gutsbesitzer V. abgeschlossenen Vergleiche festgesetzten Reluitions-Quantum mit 55,000 Thlr. und der Hälfte der nachweislich aufgewendeten Vorproceß-Kosten herauszugeben, sowie die Hälfte aller von ihnen zu berechnenden Früchte und Nutzungen jener Güter seit dem Tage der Klagebehändigung zu erstatten; zugleich ist die durch die Verfügung vom 10. September 1862 bei den oftgenannten Gütern für den Kläger eingetragene Protestation aufrecht erhalten worden.

Gegen das Appellations-Urtel haben die Verklagten nunmehr wiederum die Revision, und, insofern diese hinsichtlich der im Wege des Arrestschlages für den Kläger eingetragene Protestation an sich nicht zulässig sein würde, die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt, und die Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses beantragt.

Ihre Beschwerden erscheinen auch in der That begründet, und es mußte daher ihrem Antrage stattgegeben werden.

Die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreites hängt vornämlich von der richtigen Deutung des Gesetzes über die Lehns- und Successions-Register in Altvorpommern und Hinterpommern vom 11. Juli 1845 und namentlich des §. 10. ab, welcher in Verbindung mit den §§. 7. und 8. dahin lautet:

> §. 7. Verfügungen über Lehngüter u. s. w. können nur von solchen Agnaten und Mitbelehnten angefochten werden, die zu der Zeit, als die streitige Verfügung vorgenommen wurde, in die Lehns- und Successions-Register bereits eingetragen waren.

Digitized by Google

§. 8. Es können demnach Agnaten und Lehnberechtigte, deren Recht zu der Zeit als die streitige Verfügung über das Lehn getroffen wurde, dem Dritten, welcher mit dem Lehnsbesitzer die Verhandlung vornahm, aus dem Lehns- und Successions-Register nicht bekannt sein konnte, von ihren Rechten zum Nachtheil des Dritten keinen Gebrauch machen, auch wenn die Lehnfolge demnächst auf sie gelangt, oder sie vermöge des Reluitions-Revocations- und Vorkaufsrechtes, des beneficii taxae oder einer anderen in der Lehnsverfassung beruhenden Befugniß an sich bringen könnten.

§. 10. Die im §. 8. zu Gunsten eines Dritten gegebenen Bestimmungen finden auch zu Gunsten solcher Mitglieder der lehntragenden Familie, welche Lehne

1) durch Kauf oder einen andern lästigen Vertrag, oder
2) durch eine Revocations-Klage oder einen anderen im Lehnrechte sich gründenden Titel,

erwerben, insoweit Anwendung, als es sich um die Ausschließung des näheren oder gleich nahen Rechts anderer Agnaten und Mitbelehnten auf das durch ein Mitglied der lehntragenden Familie erworbene Lehn handelt.

Behufs des richtigen Verständnisses des eigentlichen Zwecks und der Bedeutung des Gesetzes vom 11. Juli 1845, sowie des wahren Sinnes des §. 10. muß man sich zunächst den früheren Zustand vergegenwärtigen.

Im §. 12. der Allodifications- und Assecurations-Urkunde für die Ritterschaft des Herzogthums Hinterpommern und Fürstenthums Cammin, vom 16. Februar 1787, war den Agnaten und Mitbelehnten freilich die Verpflichtung auferlegt, ihre Lehns- und Successionsrechte in die Lehn- und Successions-

Digitized by Google

Register eintragen zu lassen; die Folgen der unterbliebenen Eintragung sind jedoch nicht bestimmt, deren Bestimmung ist vielmehr der künftigen Lehns-Constitution vorbehalten. Materielle Nachtheile trafen daher diejenigen Agnaten und Mitbelehnte, die ihre Eintragung in jene Register dennoch unterlassen hatten, nicht; sie wurden nur, sofern ihre Existenz nicht sonst actenmäßig erhellte, oder durch Vernehmung eines in der Provinz ansäßigen Geschlechtsvetters ermittelt wurde, bei öffentlichen Vorladungen und sonstigen mit Agnaten und Mitbelehnten einzuleitenden Verhandlungen als unbekannte betrachtet, und daher nicht durch besondere Vorladungen, sondern nur durch die öffentlichen Blätter zur Wahrnehmung ihrer Gerechtsame aufgefordert. (Zettwach Pommersch. Lehnrecht. Seite 62. 63.)

Die aus diesem Zustande für die Sicherheit des Eigenthums erwachsenden Inconvenienzen und Nachtheile treten für die Provinz Pommern um so greller hervor, als die pommerschen Lehne in der Regel aufgetragene und die Lehns-Besitzer, sofern sie lehnsfähig beerbt, berechtigt sind, das Lehn erblich zu veräußern, ohne daß es dazu des Consenses der Agnaten bedarf; andererseits aber steht nach der pommerschen Lehnverfassung den Agnaten und Mitbelehnten im Falle des Verkaufs, das Vorkaufsrecht, oder, wenn von diesem Rechte kein Gebrauch gemacht wird, nach Abgang der Linie des Veräußerers, das Revocationsrecht zu. Die strengeren Grundsätze der §§. 290. und 291. Thl. I. Tit. 18. des A. L. R., die hiergegen freilich einigen Schutz hätten gewähren können, sind indessen bisher auf die Lehne des Herzogthums Alt-, Vor- und Hinterpommern nicht angewendet worden. Diese Uebelstände erzeugten das Bedürfniß, in dieser Beziehung durch die Gesetzgebung einzuwirken. Man war darüber einig, daß es auch für Pommern einer Einrichtung bedürfe, welche

Digitized by Google

den Dritten, der sich mit dem Lehnsbesitzer in Verhandlungen über das Lehn einlassen wolle, in den Stand setze, zu beurtheilen, ob die Verfügung ohne Gefährdung seines Interesses ausführbar sei; er sollte aus dem Lehns- und Successions-Register ersehen können, welche Agnaten und Lehnsberechtigten ihm insofern gegenüber ständen; durch die bisdahin geschehene Eintragung in das letztere sollte der Kreis derjenigen Agnaten fixirt und abgeschlossen sein, die gesetzlich befugt wären, die von dem Lehnsbesitzer beabsichtigte Disposition über das Lehn, dem Dritten gegenüber anzufechten.

Dies sprechen die §§. 7. und 8. deutlich aus.

Allerdings lag darin gegen den früheren Zustand eine erhebliche Beschränkung der agnatischen Rechte, man hat dieselbe indessen im öffentlichen Interesse für nothwendig und auch um so weniger für unbillig erachtet, als der §. 3. die Agnaten und Mitbelehnten, welche zu Altvorpommerschen oder Hinterpommerschen Lehnen vermöge des Lehnsverbandes Besitzrechte, Successionsrechte oder Einlösungsrechte hätten oder künftig erwerben sollten, ausdrücklich verpflichtete, die Eintragung in die neu angelegten Lehns- und Successions-Register nachzusuchen. Unterließen sie dies dennoch und trafen sie in Folge dieser Säumniß späterhin Nachtheile, so haben sie dies als poena negligentiae ihrer eigenen Sorglosigkeit beizumessen.

An die unterbliebene Eintragung der Agnations- und Lehnsfolgerechte in die Lehns- und Successions-Register wollte der sechste Pommersche Provinzial-Landtag sogar den gänzlichen Verlust der Lehns- und Successionsrechte geknüpft wissen und hiermit hatten sich auch die Deputirten der Hinterpommerschen lehntragenden Familien einverstanden erklärt. Soweit ist indessen das Gesetz vom 11. Juli 1845 freilich nicht gegangen. In den Motiven zu dem mittelst Aller-

Digitized by Google

höchster Cabinets-Ordre vom 7. Februar 1845 dem Königlichen Staatsrathe zur Prüfung und Begutachtung vorgelegten desfalsigen Gesetz-Entwurfe heißt es in Bezug auf diesen Vorschlag ausdrücklich:

„Zu diesem Verlangen ist jedoch weder ein Rechtsgrund aufzufinden, noch ein Bedürfniß vorhanden."

Gerade diese Frage ist es denn auch, welche in dem früheren Präjudicate vom 6. Juni 1859 — Entscheidungen Band 41. Seite 165 ff. vornämlich erörtert ist; für die gegenwärtige Beurtheilung ist dasselbe um so weniger maaßgebend, als der damals zu entscheidende Fall sich auch factisch von der Lage des jetzigen wesentlich unterschied; insofern erscheint denn auch die Hinweisung des Revisen auf jenes Vorurtel nicht ganz zutreffend.

Wendet man die oben entwickelten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so ergiebt sich soviel als unzweifelhaft, daß der Kläger, der erst am 26. April 1854 in das Lehns- und Successions-Register eingetragen ist, nach §. 8. a. a. O. dem Gutsbesitzer V. gegenüber die bereits in dem Jahren 1847 und 1853 an denselben von Seiten des Prälaten v. P. erfolgte wiederkäufliche Veräußerung der Lehngüter F. und R. niemals anfechten durfte. Er ist denn auch, als er dies im April 1855 in Gemeinschaft mit seinem Bruder, dem Vater der Beklagten, dennoch versuchte, für seine Person mit der gegen V. angestrengten Reluitions-Klage sofort per decretum abgewiesen worden.

Freilich stehen dem Kläger in dem jetzigen Processe nicht mehr der V. selbst, sondern seine beiden Neffen als Söhne und Lehnserben seines vorerwähnten Bruders gegenüber, die allerdings die oft genannten Lehngüter durch ihre Reluitions-Klage resp. durch Berichtigung des Reluitions-Quanti wieder in den Lehnsgang zurückgebracht haben. Nach

Digitized by Google

§. 10. l. c. finden aber die im §. 8. zu Gunsten eines Dritten gegebenen Bestimmungen auch zu Gunsten solcher Mitglieder der lehntragenden Familie, welche Lehne durch eine Revocations-Klage oder einen anderen im Lehnrechte sich gründenden Titel erwerben, insoweit Anwendung, als es sich um die Ausschließung des näheren oder gleich nahen Rechts anderer Agnaten und Mitbelehnten auf das durch ein Mitglied der lehntragenden Familie erworbene Lehn handelt. Die Vorschrift des §. 10. wird in den oben erwähnten Motiven durch folgende Erwägung gerechtfertigt:

„In einem Falle dieser Art steht das Mitglied der lehnberechtigten Familie, den übrigen Agnaten gegenüber ganz in demselben Verhältnisse wie jeder Dritte, welcher nicht zur Familie gehört, und mit dem Lehnsbesitzer sich in Verhandlungen über das Lehn eingelassen hat. Es liegt hier derselbe Grund vor, und es würde sich nicht rechtfertigen lassen, in dieser Beziehung den zur Familie nicht gehörigen Dritten günstiger zu behandeln, als den zur Familie gehörenden Erwerber."

Will man nun auch den Vater der Beklagten und jetzt diese selbst als Reluenten, nicht gerade als Rechtsnachfolger des V. ansehen, so sollen sie doch nicht schlechter als dieser gestellt, vielmehr berechtigt sein, sich derselben Einwendungen gegen den Kläger zu bedienen, die dem Dritten, hier dem Gutsbesitzer V., unbedenklich zugestanden haben würden. Schließlich und virtualiter ist es doch immer die von dem Prälaten v. P. in den Jahren 1847 und 1853 an den V. geschehene wiederkäufliche Veräußerung der Lehngüter F. und R., die der Kläger jetzt wenngleich nur mittelbar anfechten will. Direct und selbstständig war er dazu aber nicht befugt, weil er unterlassen, rechtszeitig seine Eintragung in die Lehns- und Successions-Register nachzusuchen.

Digitized by Google

Die Hinweisung des §. 10. auf den §. 8. führt aber auch nothwendig darauf hin, daß für den jetzt erhobenen Anspruch des Klägers niemals der Tag der Anstellung der von dem Vater der Verklagten angestrengten Reluitions-Klage: der 18. April 1855, sondern allein die Zeit maaßgebend und entscheidend sein darf, zu welcher die streitige Verfügung über das Lehn getroffen wurde. Unter dieser streitigen Verfügung über das Lehn darf man hier nur die wiederkäufliche Veräußerung der Güter F. und R. von Seiten des Prälaten v. P. an den Gutsbesitzer B. in den Jahren 1847 und 1853 verstehen. Zu dieser Zeit war aber der Kläger nicht eingetragen, ihm stehen also die §§. 8. und 10. allerdings entgegen.

Auf einem Umwege, also zur Elidirung des Gesetzes, will der Kläger jetzt zu demselben Ziele gelangen, welches er durch die frühere Klage vom 18. April 1855, mit welcher er aber wegen jener Versäumniß abgewiesen ist, vergeblich erstrebte. Die Vigilanz der Verklagten, die so, wie ihr Vater ihre Ansprüche rechtzeitig in die gedachten Register hatten eintragen lassen, darf der Kläger nicht zu seinem Vortheile und zu deren eigenem Nachtheile, wie er es in der That thut, ausbeuten. Auch das Gegenargument: bei Anstellung der Reluitions-Klage vom 18. April 1855 sei er bereits wirklich in die Lehns- und Successions-Register eingetragen gewesen, verliert bei näherer Erwägung sein auf den ersten Blick scheinbares Gewicht. Allerdings konnte der Vater der Verklagten bei Anstrengung jener Vorklage aus dem erwähnten Register ersehen, daß der Kläger nunmehr darin eingetragen sei, er überzeugte sich daraus aber auch zugleich, daß dies erst am 26. April 1854 geschehen sei, daß der Kläger also zur Zeit der oftgedachten Veräußerung der Lehngüter F. und R. in den Jahren 1847 und 1853 nicht eingetragen

Digitized by Google

gewesen, also zur selbstständigen Reluition in sofern nicht berechtigt war. Dessen ungeachtet will Kläger jetzt nachträglich in die, Seitens der Verklagten bewirkte Reluition, wenn auch nur neben ihnen eintreten.

Der Kläger verlangt, daß die Verklagten die von ihnen reluirten Lehngüter an ihn, als gleichberechtigten Agnaten zur Hälfte herausgeben, also den Mitbesitz einräumen. Dessen weigern sich die Verklagten, die vielmehr als die allein Berechtigten angesehen werden wollen und deshalb den ausschließlichen Besitz behaupten. Beider Ansprüche können, wenigstens im ganzen prätendirten Umfange, neben einander nicht bestehen. In einem solchen Collisionsfalle soll nun schon nach dem allgemeinen Grundsatze des §. 95. der Einleitung zum Allg. Landrechte das mindere Recht dem stärkeren weichen. Hat nun auch der Kläger, wie schon oben gezeigt, durch die verspätete Eintragung in das Lehns- und Successions-Register nicht sein ganzes Lehnrecht verloren, erkennen vielmehr die Verklagten selbst an, daß ihm für den Fall, daß nach ihrem etwaigen sterilen Ableben die Succession auf ihn devolvirt werden sollte, seine Lehns-Successionsrechte unverkürzt vorbehalten blieben, so muß dennoch hier das Recht der Verklagten im Sinne jenes §. 95. als das stärkere angesehen werden. Der Vater und Erblasser der Verklagten hat durch seine rechtzeitige Eintragung sein Lehnrecht vollständig gewahrt, von Seiten des Klägers ist dies nicht geschehen. Gerade in dem vorliegenden Falle hat sich die größere Stärke des Rechtes des Vaters der Verklagten recht augenfällig geltend gemacht. Mit derselben Reluitions-Klage vom 18. April 1855, auf Grund und in Folge deren der Gutsbesitzer V. demnächst rechtskräftig verurtheilt worden, die Lehngüter F. und R. an den Vater der Verklagten herauszugeben, ist der Kläger in Gemäßheit

Digitized by Google

des §. 8. des Gesetzes vom 11. Juli 1845 per decretum abgewiesen worden.

№ 24.

Convalescirung des Hypothekenrechts durch Nachzahlung der Darlehns-Valuta.

Trifft die Convalescirung des Hypothekenrechts auch alsdann ein, wenn der Gläubiger die Darlehns-Valuta nach verfügter Subhastation und Eintragung des Subhastations-Vermerks, resp. nach erfolgtem Zuschlage des verpfändeten Grundstücks gezahlt hat?

A. L. R. Thl. I. Tit. 20. §. 13.

Subhastations-Ordnung vom 4. März 1834 §. 3.

Erkenntniß vom 26. April 1860 (Striethorst, Archiv Bd. 37. S. 201.)

Das Grundstück Schrotz Nr. 5. ist im Wege der Execution zur Subhastation gestellt und durch den, am 3. December 1862 publicirten Bescheid adjudicirt worden. Bei der Belegung der Kaufgelder in dem Termine vom 8. Januar 1863 hat der Kläger, Mühlenbesitzer Z., aus der Schuld- und Hypotheken-Verschreibung vom 1. Dezember 1859 — 1000 Thlr. nebst fünf Procent Zinsen seit dem 1. December 1859 liquidirt. Die Verklagten, Kaufmann Sch. und Gen., als nachstehende Gläubiger, haben das Liquidat nur auf Höhe von 700 Thlr. nebst Zinsen anerkannt, rücksichtlich des Restes der 300 Thlr. aber bestritten und mit dieser Summe und der Zinsenforderung ist daher eine Streit-

Digitized by Google

masse angelegt. Der Kläger verlangt in dem jetzigen Processe die Auszahlung der 300 Thlr. und Zinsen seit dem Kaufgelder-Belegungs-Termine, indem er zwar zugesteht, daß er bei der Eintragung der qu. Forderung die Summe von 700 Thlr. nur gezahlt, die fehlenden 300 Thlr. aber auf Anweisung des Schuldners an dessen Gläubiger am 4. Januar 1863, mithin noch vor der Kaufgelder-Belegung, berichtigt habe. Die Verklagten haben diesem Antrage widersprochen und es bestritten, daß der Kläger am 4. Januar 1863 die 300 Thlr. an die Gläubiger seines Schuldners berichtigt habe; vielmehr behaupteten sie, daß der Kläger noch nach Beendigung des Kaufgelder-Belegungs-Termins erklärt habe, daß die 300 Thlr. noch nicht gezahlt seien, und er dieselben nur liquidirt habe, um sie den anderen Gläubigern seines Schuldners zuzuwenden. Es ist Beweis erhoben und demnächst durch das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Deutsch-Crone vom 24. März 1864 Kläger mit seinem Antrage abgewiesen und die anderweitige Vertheilung der Streitmasse unter die übrigen Gläubiger angeordnet.

Auf die Appellation der Klägers ist dieses Erkenntniß von dem Appellations-Gerichte zu Marienwerder am 21. December 1864 bestätigt worden.

Der Appellations-Richter abstrahirt von der Thatsache, ob die 300 Thlr. zur Completirung der in der Urkunde vom 1. December 1859 verschriebenen Summe von 1000 Thlr. überhaupt gezahlt und insbesondere, ob sie am 4. Januar 1863 oder nach Belegung der Kaufgelder berichtigt worden sind. Er erkennt es an, daß — wenn das verpfändete Grundstück nicht zur Subhastation gezogen wäre — dem Schuldner und auch den übrigen Gläubigern gegenüber, die Hypothek durch die Nachzahlung der Valuta convalescirt sein würde. Die Subhastation hindere aber diese Convalescenz.

Digitized by Google

Auf den eingetragenen Subhastations-Vermerk legt der Appellations-Richter, im Widerspruche mit dem ersten Richter, kein Gewicht, wohl aber auf den Tag der Publication des Adjudications-Bescheides, indem er ausführt:

„Durch die Einsicht und Vorlegung der G.schen Subhastations-Acten des Grundstücks Schrotz Nr. 5. ist nämlich festgestellt, daß der darin erlassene Zuschlagsbescheid am 3. December 1862 publicirt worden ist. Mit diesem Tage gingen also Eigenthum, Nutzung, Gefahr und Lasten auf den Käufer über, (§. 342. Tit. 11. Thl. I. A. L. R.), und G. hörte mit demselben Tage auf, Eigenthümer des Grundstücks zu sein. In dem Realzustande des subhastirten Grundstücks konnte durch seine Dispositionen von da ab nichts mehr geändert werden, weder durch spätere Dispositionen, noch durch frühere, soweit deren Folgen erst nach Publication der Adjudicatoria zu Tage traten. Kläger hat aber, wie er selbst nicht anders behauptet, die Darlehns-Rest-Valuta von 300 Thlr. erst am 4. Januar 1863, folglich nach Publication des Zuschlagbescheides, gezahlt. Hätte G., — von der angeblichen Anweisung des Klägers, an seine, des G., Gläubiger das Geld zu geben, abgesehen, — unmittelbar und persönlich diese 300 Thlr. in Empfang genommen, so würde, weil er nicht mehr Eigenthümer des Grundstücks war, auf welchem die Forderung des Klägers aus der Obligation vom 5. December 1859 eingetragen stand, die dafür bestellte Hypothek in Höhe der ursprünglich unberichtigt gebliebenen Rest-Valuta nicht haben convalesciren können, und noch viel weniger konnte dies der Fall sein, da die angebliche Zahlung der 300 Thlr. an dritte Personen in Folge einer bloß mündlichen, und deshalb rechtsunverbindlichen, Anweisung (§§. 253. ff. 259. Thl. I. Tit. 16. des A. L. R.) geschehen sein soll. Auf die nach einer Anweisung des G., von dem Kläger angeblich am

Digitized by Google

4. Januar 1863 erfolgte Supplirung der verschriebenen Darlehns-Summe, hat hiernach zur Feststellung des Rechtsverhältnisses der postlocirten Hypotheken-Gläubiger zu der prälocirten Hypotheken-Forderung des Klägers gar keine Rücksicht weiter genommen werden können, vielmehr ist Kläger mit seinem unbegründeten Klageantrage zurückzuweisen gewesen."

Die für den Kläger eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde rügte die Verletzung des §. 3. der Subhastations-Ordnung vom 4. März 1834, des §. 342. Tit. 11., §. 13. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R., des Präjudices in dem Archive für Rechtsfälle Bd. 37. S. 201., ferner der §§. 253 ff., 259. Tit. 16. und §§. 156. 165. Tit. 5., §. 215. Tit. 14. Thl. I. A. L. R. Die Beschwerde ist indessen am 19 Mai 1865 von dem dritten Senate des Ober-Tribunals zurückgewiesen.

Gründe.

Die Entscheidung des Appellations-Richters ist auf den §. 3. der Subhastations-Ordnung vom 4. März 1834 nicht gestützt, mithin die Beschwerde über dessen Verletzung verfehlt; der §. 342. Tit. 11. Thl. I. des A. L. R. ist aber nicht verletzt, weil der Richter aus demselben nur entnommen hat, daß durch den, am 3. December 1862 publicirten Adjudications-Bescheid das Eigenthum des Grundstücks Schrotz Nr. 5. auf den Käufer übergegangen ist und der bisherige Besitzer G. aufgehört habe, Eigenthümer zu sein, was aus jenem Gesetze sich klar ergiebt. Der Appellations-Richter hat nur angenommen, daß, wenn der Kläger am 4. Januar 1863, mithin nach Publication des Adjudications-Bescheides vom 28. November 1862, 300 Thlr. zur Completirung der in der Obligation des G. verschriebenen Darlehnssumme auf des Letzteren Anweisung an dessen Gläubiger gezahlt habe,

Digitized by Google

die Hypotheken-Bestellung auf Höhe jener Summe nicht convalescirt sein würde. Hierauf beruht seine Entscheidung.

Die Beschwerde rügt die Verletzung des §. 13. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R., weil nach der im Archive Bd. 37. S. 201. abgedruckten Entscheidung die Convalescirung des Hypothekenrechts auch dann eintrete, wenn zur Zeit der Kaufgelderbelegung der Gläubiger die verschriebene Darlehnssumme vollständig berichtigt habe.

Dieser Grundsatz ist allerdings in jener Entscheidung ausgesprochen, jedoch nicht — wie die Beschwerde behauptet — daß allein die Zeit der Kaufgelder-Belegung entscheidend sei, wenn es sich darum handelt, ob der Gläubiger rücksichtlich der Summe, welche in diesem Zeitpunkte als gezahlt nachgewiesen wird, das ihm bewilligte Hypothekenrecht bei der Kaufgelder-Belegung zu verfolgen berechtigt sei und die postlocirten Gläubiger dies gestatten müßten. Es kam in jenem Falle nicht darauf an, den Zeitpunkt näher zu bestimmen, in welchem der Verpfänder noch die Darlehns-Valuta mit der Wirkung der Convalescirung des Pfandrechts in Gemäßheit des §. 13. l. c. in Empfang zu nehmen befugt sei; denn es stand fest, daß die Darlehns-Valuta bereits vor Einleitung der Subhastation gezahlt worden und jener Satz schließt sich nur an den, in der Beschwerde aufgestellten Streitpunkt an, ob die Verität und die Priorität der vorstehenden Post von dem nachfolgenden Hypotheken-Gläubiger bei einer Unzulänglichkeit des Unterpfandes auch ohne Rücksicht auf die Kaufgelder-Belegung angefochten werden könne. Es muß daher nach Maaßgabe der Beschwerde auf Erörterung der Frage eingegangen werden, ob, wie der Appellations-Richter angenommen hat, nur rücksichtlich der Summe, welche der Gläubiger bis zur Publication des Adjudications-Bescheides gezahlt hat, von demselben bei der Kaufgelder-Belegung ein Hypothekenrecht

Digitized by Google

geltend gemacht werden kann und die postlocirten Gläubiger befugt sind, zu bestreiten, daß dem später gezahlten Theile des Darlehns ihnen gegenüber ein Hypothekenrecht zustehe. Das Kaufgelder-Belegungs-Verfahren ist eine nothwendige Folge der Subhastation und Adjudication eines Grundstücks; es wird von Amtswegen eingeleitet — §. 16. der Subhastations-Ordnung vom 4. März 1834. — Der Plenarbeschluß vom 19. September 1845 (Entsch. Bd. 11. S. 47.) giebt den postlocirten Gläubigern das Recht, die Verität und die Rechtsgültigkeit einer vorstehenden Hypothek in jenem Kaufgelder-Belegungs-Verfahren anzufechten, wenn sich dadurch die Unzulänglichkeit des Pfandes zur Befriedigung sämmtlicher Ansprüche ergiebt und dadurch eine Collision unter den mehreren Gläubigern eintritt. Das Verfahren, welches einen Zuschlag voraussetzt, ermittelt zwar die Unzulänglichkeit des Pfandes; begründet aber wird dieselbe durch das erzielte Kaufgeld, für welches das verkaufte Grundstück zugeschlagen ist. Beide Acte lassen sich daher in Beziehung auf den Eintritt des Anfechtungsrechts nicht trennen. Ein Gleiches ist auch nach §. 392. der Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 der Fall. Es folgt hieraus, daß nicht die Kaufgelder-Belegung, sondern schon der Zeitpunkt der Publication des Adjudications-Bescheides derjenige ist, nach welchem die Ansprüche an die Kaufgeldermasse zu bestimmen sind und eine Hypothekenbestellung, welche bis dahin nicht convalescirt ist, später nicht convalesciren kann. Denn es ist ein anerkannter Grundsatz, daß durch die nothwendige Subhastation das Hypothekenrecht des Gläubigers seine vollständige und letzte Verwirklichung dahin erhält, daß ihm künftig nicht mehr das Grundstück aus der ursprünglichen Hypothekenbestellung, sondern nur das Kaufgeld aus der **Adjudicatoria** für die gültigen Hypotheken-

Digitized by Google

Forderungen haftet. (Präjudiz Nr. 1949. Samml. Thl. I. S. 46., Entscheid. Bd. 17. S. 490. 500.

Die Forderungen werden gelöscht, weil die Hypothek erloschen ist und die Kaufgelder eingetragen, die Documente zu den Akten genommen, wenn der Gläubiger auf dieselben angewiesen ist. (§. 19. der Subhastations-Ordnung, §. 399. der Concurs-Ordnung). Der frühere Eigenthümer, welcher, nachdem er aufgehört hat, Eigenthümer zu sein, und nachdem alle von ihm bestellte Hypotheken erloschen sind, das Grundstück nicht mit Hypotheken belasten kann, ist daher auch nicht berechtigt, eine Hypothek, welche er früher für ein nicht gezahltes Darlehn und daher wirkungslos bestellt hat, dadurch ins Leben zu rufen, daß er nach publicirtem Adjudications-Bescheide die Valuta des Darlehns in Empfang nimmt und auf diese Weise die Kaufgeldermasse mit Ansprüchen zu belasten, für welche dieselbe nicht verhaftet ist. Der Appellations-Richter hat daher mit Recht auf die 300 Thlr., welche der Kläger auf die Anweisung des G. an dessen Gläubiger zur Ergänzung der Darlehns-Valuta aus der Obligation vom 1. December 1859, nach der Publication des Adjudications-Bescheides vom 28. November 1862, bezahlt haben will, bei Vertheilung der Kaufgelder von Schrotz Nr. 5. keine Rücksicht genommen.

Dieser Entscheidungsgrund ist durchgreifend und zwar um so mehr, als schon der, im Gefolge des §. 3. der Subhastations-Ordnung vom 4. März 1834 eingetragene Subhastations-Vermerk, dem §. 5. Tit. 51. der Proceß-Ordnung entsprechend, eine Beschlagnahme des Grundstücks enthält und spätere Dispositionen zum Nachtheile der eingetragenen Gläubiger hinderte.

Der fernere Grund, daß eine schriftliche Anweisung des G. an den Kläger zur Zahlung der 300 Thlr. an die Gläu-

Digitized by Google

biger des Ersteren vermißt wird, ist nur ein Hülfsgrund. Auf dessen Erörterung und die hiergegen erhobene Beschwerde kann es deshalb nicht weiter ankommen, wenngleich die Zahlung, wenn sie wirklich erfolgt wäre, und wenn dieselbe überhaupt berücksichtigt werden könnte, ihre volle Wirkung äußern würde, ungeachtet sie nur mündlich dem Kläger vom G. aufgetragen wäre, schon nach den allgemeinen Grundsätzen über die Erfüllung mündlicher Verträge (§§. 156. 165. Tit. 5. und nach §. 30. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R.), wogegen von einer Anweisung im Sinne des §. 251. ibid. hier nicht die Rede ist.

Die Beschwerde mußte daher, weil der §. 13. Tit. 20. l. c. nicht verletzt ist, zurückgewiesen werden.

№ 25.

Hypothekrecht.

Bedarf es zur wirksamen Erhaltung einer vor dem 1. Januar 1815, unter der Herrschaft des Code civil bestellten, vertragsmäßigen Hypothek, welche erst nach Ablauf der auf dem Patente vom 22. Mai 1815 beruhenden Präclusivfrist, jedoch zu einer Zeit, als der Hypothekbesteller noch Besitzer des verpfändeten Grundstücks war, zum Hypothekenbuche angemeldet worden ist, der Ertheilung einer Recognition nach Anleitung der Verordnung vom 16. Juni 1820?

Hypotheken-Patent vom 22. Mai 1815 (Ges.-S. S. 185.) §§. 8. 9. 11. 12.

Digitized by Google

Verordnung vom 16. Juni 1820 (Gesetz-Samml. Nr. 609.) §§. 2—5. 6.
Code civil art. 2114. 2124. 2127. 2148. 2134. 2166.

Die nach dem Hypothekenbuche von Boke Vol. VI. fol. 7 zum R.schen Colonate gehörig gewesene Hälfte der Wiese Flur 13. Nr. 200. ist subhastirt worden. Auf dieselbe sind sub rubrica III. Nr. 1. 200 Thlr. für Johann F. aus der Urkunde vom 13. October 1814 und sub rubrica III. Nr. 7. 165 Thlr. 18 Sgr. 9 Pf. für den Colon B. aus der Urkunde vom 12. October 1840, außerdem noch mehrere Posten, sämmtlich protestativisch nach der Reihenfolge der Anmeldung, jedoch unter Vorbehalt aller Rechte der Gläubiger in Betreff der Priorität, zufolge Verfügung vom 2. October 1861 eingetragen worden. Johann F. hat die 200 Thlr. aus der Urkunde vom 13. October 1814 am 25. August 1818 zum Hypothekenbuche angemeldet, aber eine Recognition nach §. 2. der Verordnung vom 16. Juni 1820 nicht erhalten. Die 165 Thlr. 18 Sgr. 9 Pf. für B. sind am Tage der Schuldurkunde, dem 12. October 1840 angemeldet, und ist darüber unter dem 17. Januar 1841 ein Recognitions-Schein ertheilt worden.

Kläger Philipp F. ist jetzt Inhaber des Capitals von 200 Thlr., die Verklagte Wittwe B. Inhaberin des Capitals von 165 Thlr. 18. Sgr. 9 Pf. Beide verlangen prioritätische Befriedigung aus den Kaufgeldern der subhastirten halben Wiese. Diese sind ganz mit 186 Thlr. 11 Sgr. zu einer Streitmasse genommen worden.

Das Kreisgericht zu Paderborn hat mittelst Erkenntnisses vom 28. Januar 1864 den Kläger mit seiner Klage — seiner Forderung die Priorität vor der Forderung der Verklagten zuzuerkennen — abgewiesen, und das Appellations-Gericht daselbst hat dies am 16. September 1864 bestätigt, da die

Digitized by Google

Forderung des Klägers erst nach Ablauf der im Patente vom 22. Mai 1815 vorgeschriebenen, später bis zum 31. December 1817 verlängerten Präclusivfrist zum Hypothekenbuche angemeldet worden, es daher — selbst wenn zur Zeit dieser Anmeldung der Hypothekbesteller noch Besitzer des verpfändeten Grundstücks gewesen, und wenn sie auch vor dem 1. Januar 1815 in die Westphälischen Hypotheken-Register inscribirt sein sollte, — doch, um ihr Hypothekenrechte gegen Dritte und die Priorität zu gewähren, der Ertheilung einer Recognition nach der Verordnung vom 16. Juni 1820 bedurft habe.

Auf die vom Kläger eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 29. Mai 1865 das Appellations-Erkenntniß vernichtet und der Forderung des Klägers bei Vertheilung der Kaufgelder der subhastirten halben Wiese die Priorität vor der Forderung der Verklagten zugesprochen, aus folgenden

Gründen.

Der Appellations-Richter gründet seine Ausführung: daß der Forderung des Klägers ein Hypothekenrecht Dritten gegenüber nicht zustehe, allein auf das Hypotheken-Patent vom 22. Mai 1815 und die Verordnung vom 16. Juni 1820. Er geht von der Voraussetzung aus, daß nach dem vor dem 1. Januar 1815 bestandenen fremden Rechte die Forderung ein gültiges Hypothekenrecht gehabt haben möge. War dies aber der Fall, und ist die Forderung zwar nach Ablauf der auf dem Patente vom 22. Mai 1815 beruhenden Präclusivfrist, aber zu einer Zeit, wo das Grundstück sich noch in der Hand desselben Besitzers befand, zum Hypothekenbuche angemeldet worden, so hat dieselbe nach §§. 8. und 11. des Patents ihr einmal erworbenes Hypothekenrecht nicht verloren, sondern muß nur allen bis dahin, wo sie später wirklich angemeldet worden ist, bereits eingetragenen oder doch zur Ein-

Digitized by Google

tragung wirksam angemeldeten anderen Forderungen nachstehen. Hieraus kann die Verklagte, deren Forderung erst im Jahre 1840 angemeldet worden ist, gegen den Kläger, dessen Forderung von dem ursprünglichen Gläubiger Johann F. zwar nach Ablauf der gedachten Präclusivfrist, aber schon im Jahre 1818 angemeldet worden ist, alsdann keine Rechte herleiten, wenn zur Zeit dieser Anmeldung der frühere Hypothekschuldner, Colon R., noch Besitzer der verpfändeten Grundstücke war. Der Appellations-Richter, welcher das Gegentheil angenommen hat, hat die §§. 9. und 11. des Patents vom 22. Mai 1815 verletzt.

Für die Erwerbung neuer Hypotheken, seit der mit dem 1. Januar 1815 eingetretenen Gesetzeskraft des Allgemeinen Landrechts hat, bis zur Einführung des vollständigen Hypothekenwesens, die Verordnung vom 16. Juni 1820, unter Suspendirung der §§. 411. und 412. Tit. 20. Thl. I. A. L. R., die Ertheilung von Recognitionen vorgeschrieben, durch welche die bei eingerichtetem Hypothekenwesen nach dem gedachten §. 411. nur durch die wirkliche Eintragung in das Hypothekenbuch erfolgende Erwerbung des Hypothekrechts erfolgen soll.

Diese Verordnung bezieht sich als eine nothwendig gewordene Modification der angeführten §§. 411. und 412. lediglich auf die Erwerbung neuer Hypotheken seit dem 1. Januar 1815, nicht auf die vor diesem Tage unter der Herrschaft der damaligen Gesetzgebung gültig erworbenen Hypothekrechte, für welche es lediglich darauf ankommt, in wiefern dieselben nach den Grundsätzen des Patents vom 22. Mai 1815 ihre Gültigkeit behalten haben. Dies ist in dem Berichte des Plenums des Ober-Tribunals vom 10. Januar 1842 — Justiz-Ministerial-Blatt von 1842 S. 45—48. — näher ausgeführt worden, und bezieht sich

Digitized by Google

im Wesentlichen gleichmäßig auf die vor und die nach Ablauf der mehrgedachten Präclusivfrist angemeldeten älteren Hypotheken, jedoch mit dem Unterschiede, daß die Letzteren überhaupt den in den §§. 9., 11. und 12. des Patents angeordneten Nachtheilen unterliegen. Hiernach schadet es dem alten Hypothekenrechte der Forderung des Klägers nicht, daß für dieselbe eine Recognition nach Anleitung der §§. 2.—5. der Verordnung vom 16. Juni 1820 nicht ertheilt worden ist, die Verklagte aber für ihre neue Hypothekforderung im Jahre 1840 eine solche Recognition erhalten und dadurch damals ein wirkliches Hypothekrecht erlangt hat, welches aber dem alten Hypothekrechte des Klägers, wenn dieses im Jahre 1818 überhaupt noch wirksam, d. h. noch gegen den früheren Hypothekschuldner angemeldet worden ist, nach dem §. 11. des Patents vom 22. Mai 1815 und der Verordnung vom 16. Juni 1820 nachstehen muß, wenn auch der im §. 6. der Verordnung gedachte specielle Fall nicht vorliegt, und der Kläger daher, wenn die Forderung der Verklagten früher als die seinige angemeldet wäre, mit der seinigen nachstehen müßte.

Die dem Kläger nachtheilige Entscheidung des Appellations-Richters verletzt daher wiederum den §. 11. des Patents vom 22. Mai 1815 in Verbindung mit den Grundsätzen der Verordnung vom 16. Juni 1820, indem er ausspricht, daß auch die alten und zwar selbst in das französische Inscriptionsbuch inscribirten Hypothekforderungen nach dem Jahre 1817 der Recognition bedurft hätten.

Sein Erkenntniß muß aus diesen Gründen vernichtet werden.

In der Hauptsache ist sodann ausgeführt worden, daß der Colon R. in der notariellen Urkunde vom 13. October 1814 für die Forderung des Klägers von 200 Thlr. unter

Digitized by Google

Anderm mit der subhastirten halben Wiese Hypothek bestellt habe, und daß nach Lage der Acten als feststehend angenommen werden müsse, daß derselbe am 25. August 1818 noch Besitzer derselben gewesen sei.

Schließlich heißt es in den Gründen:

Jedoch ist noch zu erwähnen, daß in der Appellations-Beantwortung die Verklagte bemerkte:

F. habe nur den Titel zu einer älteren Hypothek gehabt, das Hypothekenrecht selbst sei auch unter der Herrschaft des französischen Gesetzes nur durch die Inscription in die Hypotheken-Register erworben worden.

Darüber, ob die Inscription aus der Urkunde vom 13. October 1814 (eine vor Notar und Zeugen aufgenommene) erfolgt sei oder nicht, finden sich keine Behauptungen in den Acten; doch muß man in der vorstehenden Bemerkung ein Bestreiten dieser Thatsache von Seiten der Verklagten finden.

Nach Art. 2114. 2124. 2127. 2148. des Code civil entsteht aber die vertragsmäßige Hypothek durch bloße Bestellung in einer von zwei Notaren oder von einem Notar in Gegenwart zweier Zeugen aufgenommenen öffentlichen Urkunde als ein wirkliches Hypothekenrecht, welches gegen den sie bestellenden Besitzer des Grundstücks, auch wenn es nicht in die Hypotheken-Register inscribirt worden ist, dazu berechtigt, das verpfändete Grundstück zur Versteigerung zu bringen.

Zachariä v. Lingenthal, Handbuch 5. Aufl. §. 267. Bd. 2. S. 119.

Sirey Recueil général tome XIII. 2e. Partie p. 215., insbesondere die allgemein gefaßte Ueberschrift.

Nur gegen dritte Personen ist die Wirksamkeit des Hypothenrechts von der Inscription dahin abhängig gemacht, daß es ohne solche gegen einen neuen Erwerber des Grundstücks

Digitized by Google

nicht verfolgt werden kann, und daß unter den mehreren Hypotheken-Gläubigern die Hypothek nur von dem Tage der Inscription an einen Rang hat. (Art. 2166. 2134. Code civil, Zachariä a. a. O. S. 119. 120.).

War nun vor dem 1. Januar 1815 die Hypothek des F. nicht inscribirt worden, so konnte F. für dieselbe freilich ein Vorzugsrecht vor anderen Gläubigern, welche die Inscription erlangt hatten, nicht geltend machen, gegen den Besteller derselben, R., hatte er aber ein wirkliches Hypothekrecht, welches als ein schon am 1. Januar 1815 bestandenes nach §§. 6 und 11. des Patents vom 22. Mai 1815 in das Preußische Hypothekenbuch nach der Zeitfolge der Anmeldung eingetragen werden mußte, wenn die Anmeldung innerhalb der Präclusivfrist, oder zwar nach Ablauf derselben, aber doch so lange R. Besitzer war, erfolgte. Die für die Erwerbung neuer Hypotheken seit dem 1. Januar 1815 erlassene Verordnung vom 16. Juni 1820 leidet daher auch bei der Voraussetzung, daß die Hypothek des F. in die westphälischen Hypotheken-Register nicht inscribirt war, auf dieselbe keine Anwendung dahin, daß es zur Erwerbung der Hypothek einer Recognition bedurft hätte; auch ohne eine solche mußte die Priorität zwischen ihr und anderen, erst nach dem 1. Januar 1815, bestellten Hypotheken lediglich nach den Grundsätzen des Patents vom 22. Mai 1815 regulirt werden.

Da nun die Hypothek des Klägers am 25. August 1818, die Hypothek der Verklagten aber erst am 12. October 1840 zum Hypothekenbuche angemeldet worden ist, so gebührt der Ersteren das Vorzugsrecht vor der Letzteren.

Digitized by Google

№ 26.

Vorkauf. Retract.

Ueber den Einfluß der Simulation eines Kauf-Vertrages auf das mit dem dinglichen Vorkaufsrechte verbundene Rückforderungsrecht und auf die, nach Ausübung dieses Rechts, gegen den dritten Besitzer gerichtete Klage des Verkäufers.

A. L. R. Thl. I. Tit. 20. §§. 568—631. 647. 651—656.

Die wiederverehelichte D. (die Klägerin) und deren erster Ehemann, Joseph Sl., waren bis zum Jahre 1836 Miteigenthümer des Bauerguts Nr. 36. zu Sch., jeder zur ideellen Hälfte. Mit dem Tode des Ehemannes in dem gedachten Jahre fiel das Miteigenthum desselben zu drei Viertel an seine beiden Söhne, Simon und Nicolaus Sl. (die Verklagten) und zu einem Viertel an die Klägerin, so daß diese nunmehr im Ganzen fünf Achtel besaß. Dies Miteigenthum verkaufte die Klägerin, im Beistande ihres zweiten Ehemannes D., durch notariellen Vertrag vom 21. April 1861, zugleich mit gewissen Beilaßstücken, für 300 Thlr. an den Schlosser Ignatz T., für welchen auch der Besitztitel berichtigt wurde. Demnächst aber machten, die jetzigen Verklagten Gebrüder Sl., als Miteigenthümer, ihr Vorkaufs- und resp. Rückforderungsrecht gegen den Käufer T. geltend und erstritten das in zweiter und dritter Instanz bestätigte Erkenntniß des Kreisgerichts zu Ratibor vom 26. November 1861, durch welches T. zur Herausgabe des erkauften Miteigenthums an die Gebrüder Sl. und zur Einwilligung in die Umschreibung des Besitztitels auf deren Namen verurtheilt wurde. In Folge dieses

Digitized by Google

Erkenntnisses übergab T., — durch Personal-Execution dazu angehalten, — zur gerichtlichen Verhandlung vom 29. Juli 1863, unter Mitwirkung seiner Verkäuferin, der jetzigen Klägerin, den von ihm erkauften Gutsantheil nebst den Beilaßstücken an die Gebrüder Sl. und diese wurden als Besitzer eingetragen.

Etwa sechs Monate später trat die Klägerin mit der gegenwärtigen, auf Rückgabe ihres Eigenthums gerichteten Klage gegen T. und die Gebrüder Sl., als Mitverklagte, auf. Sie behauptete, den notariellen Vertrag vom 21. April 1861 mit T. nur zum Scheine und mit der ausdrücklichen Verabredung abgeschlossen zu haben, daß das Eigenthum nicht auf den Käufer T. übergehen, sondern ihr — der Klägerin — verbleiben und T. auch kein Kaufgeld zu zahlen haben sollte. Dem gemäß sei denn auch die Uebergabe an T. nicht erfolgt und das Kaufgeld von ihm nie bezahlt worden. Auch den Verklagten Sl. selbst sei diese Simulation des Vertrages schon am Tage des Abschlusses, oder doch wenigstens nachher, bekannt geworden. Jedenfalls sei in Folge desselben der Vertrag nichtig, die Verklagten Sl. daher niemals in der Lage gewesen, ihr Vorkaufsrecht auszuüben.

Mit Rücksicht darauf, daß der Betrag des Kaufgeldes mit 300 Thlr. von den Verklagten gerichtlich deponirt worden sei, stellte Klägerin den Antrag:

zu erkennen, daß der Vertrag vom 21. April 1861 zwischen der Klägerin und dem Mitverklagten T. zum Scheine geschlossen und somit unkräftig sei, daß die Klägerin nach wie vor Eigenthümerin geblieben und die Verklagten, Gebrüder Sl., ihr Vorkaufsrecht bezüglich dieses Miteigenthums deshalb nicht geltend machen können, vielmehr diese schuldig, der Klägerin, gegen Erstattung der deponirten, resp. gezahlten 300 Thlr. Kaufgeld, das mehrgenannte

Digitized by Google

Miteigenthum nebst den tradirt erhaltenen Beilaßstücken zum gemeinschaftlichen Besitze einzuräumen, beziehungsweise herauszugeben und in die Umschreibung des Besitztitels auf den Namen der Klägerin zu willigen.

Der Mitverklagte T. ließ die Klage unbeantwortet. Die Gebrüder Sl. dagegen bestritten die von der Klägerin behauptete Simulation des Vertrages und alle dahin zielenden Anführungen. Sie beriefen sich darauf, daß in dem Vertrage vom 21. April 1861 über die erfolgte Uebergabe des Grundstücks und über die Zahlung der Kaufgelder ausdrücklich quittirt sei, daß ferner durch die Entscheidung des von ihnen gegen T. angestrengten Vorprocesses die Ernstlichkeit des Vertrages zwischen T. und der Klägerin bereits rechtskräftig festgestellt sei, und daß endlich beim Abschlusse des Vertrages vom 21. April 1861 zwischen der Klägerin und T. ausdrücklich verabredet worden sei, T. solle das ihm verkaufte Miteigenthum demnächst weiter an den Ehemann der Klägerin übertragen. Sie beantragten, die Klägerin abzuweisen.

Das Kreisgericht zu Ratibor erhob Beweis über die Verabredungen beim Abschlusse des Vertrages vom 21. April 1861 und erachtete auf Grund der Zeugenaussagen die Simulation des Vertrages für erwiesen. Dasselbe nahm an, daß durch die Ausübung des Vorkaufsrechts die Gebrüder Sl. an Stelle des Mitverklagten T. in dessen Contracts-Verhältniß zur Klägerin eingetreten seien, und erkannte demgemäß unterm 12. Juli 1864 dahin: daß

1) die Klägerin mit ihren Anträgen gegen den Mitverklagten T. abzuweisen, dagegen
2) den Mitverklagten, Gebrüdern Sl. gegenüber der am 21. April 1861 zwischen der Klägerin und dem Ignatz T. geschlossene Vertrag für nicht zu Recht bestehend zu erklären und die Verklagten Sl. schuldig, gegen Rück-

Digitized by Google

empfang der Kaufgeldersumme von 300 Thlr. der Klägerin das dort gedachte Miteigenthum, sowie die einzelnen Beilaßstücke, zurückzugewähren, ihr den Mitbesitz an der Bauerstelle einzuräumen und in die Eintragung des Miteigenthums der Klägerin in das Hypothekenbuch zu willigen.

Gegen diese Entscheidung appellirten die Verklagten und suchten zunächst auszuführen, daß nach der rechtskräftigen Abweisung der Klage gegen T. ihre eigene Verurtheilung schon um deswillen unzulässig sei, weil der Vertrag nicht dem T. gegenüber verbindlich, ihnen gegenüber aber unverbindlich sein könne. Sodann behaupteten sie, daß aus den Angaben der vernommenen Zeugen nicht die Simulation des Vertrages, sondern eher das Gegentheil, zu entnehmen sein würde.

Die Klägerin bestritt sämmtliche An- und Ausführungen der Verklagten.

Das Appellations-Gericht zu Ratibor nahm an, daß die Klägerin den Beweis für die von ihr behauptete Simulation des Vertrages nicht erbracht habe, und erkannte demgemäß unterm 7. December 1864 abändernd dahin: daß Klägerin mit ihren Anträgen abzuweisen.

Gegen diese Entscheidung hat die Klägerin die Revision eingelegt. Durch das Erkenntniß des dritten Senates des Ober-Tribunales vom 23. Juni 1865 ist jedoch das Appellations-Urtel lediglich bestätigt worden.

Gründe.

Der Appellations-Richter hat die Klägerin um deshalb abgewiesen, weil dieselbe den Beweis für die von ihr behauptete Simulation des Vertrages vom 21. April 1861 nicht erbracht habe. Allein ehe sich über die Beweisfälligkeit der Klägerin mit Sicherheit entscheiden läßt, kommt es darauf an, zu prüfen, ob und durch welche in der Klage behauptete

Digitized by Google

Thatsachen der Antrag der Klägerin überhaupt begründet werde. Die Verklagten haben diese Frage wiederholt erörtert und jedesmal darzulegen gesucht, daß der Klageanspruch an und für sich hinfällig sei. Insbesondere ist in der Beantwortung der Revisionsschrift gegen die Ansicht des ersten Richters und der Klägerin ausgeführt, daß aus der angeblichen Simulation des Vertrags vom 21. April 1861 für die Klägerin lediglich ein persönlicher Anspruch gegen ihren Mitcontrahenten T. entspringe; daß dagegen sie selbst — die Verklagten — durch Ausübung ihres Rückforderungrechts gegen den Letzteren niemals in ein Contractsverhältniß zur Klägerin getreten, mithin gegenüber einer Klage auf Nichtigkeits-Erklärung eines Vertrages gar nicht passiv zur Sache legitimirt seien. Diese Ausführung, in sofern sie die Unzulässigkeit eines persönlichen, auf den Scheinvertrag als solchen gegründeten Anspruchs der Klägerin gegen die jetzigen Verklagten behauptet, ist in der That zutreffend. Sie beruht auf einer richtigen Anwendung der Grundsätze des Allgemeinen Landrechts über das Vorkaufs- beziehungsweise Rückforderungs-Recht. Im gemeinen Rechte werden bekanntlich Vorkaufs- und Näherrecht streng unterschieden. Das Erstere besteht darin, daß kraft desselben der Berechtigte den Verkäufer einer Sache nöthigen kann, ihn an Stelle des Käufers unter den gleichen Bedingungen in den noch nicht durch Uebergabe vollzogenen Vertrag eintreten zu lassen. In diesem Falle erwirkt also der Vorkaufsberechtigte das Eigenthum durch Uebergabe vom Verkäufer auf Grund des Kaufvertrages. Retract (Näherrecht) dagegen wird die Befugniß genannt, die Sache dem Käufer oder einem späteren Erwerber gegen Schadloshaltung abzufordern, mit der Wirkung, daß der Retrahent das Eigenthum von demselben nicht durch Singular-Succession in den ursprünglichen Kaufvertrag, sondern lediglich auf Grund seines Näher-

Digitized by Google

rechts erwirbt. Diese von den Meisten anerkannte Unterscheidung ist auch im Preußischen Rechte festzuhalten, sowohl nach allgemeinen juristischen Begriffen, als auch mit Rücksicht auf ausdrückliche Gesetzes-Bestimmungen. Zunächst ist der Eintritt in ein fremdes obligatorisches Verhältniß überhaupt nur so lange möglich, als ein solches wirklich noch in Kraft besteht. Wo hingegen dasselbe wieder aufgehoben, z. B. ein Vertrag bereits vollständig erfüllt ist, da läßt sich eine Singular-Succession in Rechte und Verbindlichkeiten aus demselben gar nicht denken. Mithin kann zwar bei der Ausübung des eigentlichen Vorkaufsrechts, gegenüber dem Verkäufer, ein Eintritt des Berechtigten an Stelle des Käufers stattfinden, nicht aber ebenso in dem Falle, wo die Sache aus der Hand des Käufers, oder gar eines späteren Erwerbers zurückgezogen wird. Hier würde ohnehin die Möglichkeit eines solchen Eintritts an die Stelle des ersten Erwerbers dadurch bedingt sein, daß auch die sämmtlichen Zwischenerwerbungen rückwärts aufgelöst würden, eine Voraussetzung, welche in den Gesetzen keinerlei Begründung findet. Sodann aber sondert auch das Allgemeine Landrecht selbst nicht bloß in der Ueberschrift und in den Randbemerkungen zum dritten Abschnitte des zwanzigsten Titels, sondern auch innerhalb der Gesetze ganz unverkennbar das eigentliche Vorkaufsrecht (§§. 568. bis 630. und 651. bis 654.) und ein sogenanntes „dingliches Rückforderungsrecht," eine offenbare Uebersetzung von Retract (§§. 631. bis 647. 655. 656.), nur daß es das Letztere mit dem dinglichen Vorkaufsrechte ein für alle Mal verbindet. Wenn diese Sonderung nicht ganz bedeutungslos sein soll, so kann sie nur das ausdrücken, daß den Inhalt des Rückforderungsrechtes noch etwas anderes bildet, als die bloße vorzugsweise Befugniß zum Abschlusse eines Kaufes: nämlich ein Recht, welches an und für sich den Grund (Titel) zum Eigenthums-

Digitized by Google

erwerbe darstellt und dessen Ausübung den Rückforderer lediglich zum Rechtsnachfolger des zeitigen Besitzers macht.

Die Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergiebt, im Einklange mit der Ausführung der Revisen, daß die Verklagten durch Zurückziehung des Grundstückes aus der Hand des T. keineswegs, wie der erste Richter annimmt, an Stelle des T., in das Vertragsverhältniß zur Klägerin eingetreten, sondern lediglich in dessen Eigenthumsrechte nachgefolgt sind, daß daher auch der persönliche Anspruch der Klägerin aus dem Grunde des Scheinvertrages und mit dem Ziele der Nichtigkeitserklärung desselben gegen die jetzigen Verklagten, als dritte Personen, nicht gerichtet werden konnte.

Allein, wenn auch hiernach die vorliegende Klage aus dem Scheinvertrage, als solchem, nicht begründet ist, so bleibt doch noch zu untersuchen, ob sie nicht nach Maaßgabe der vorgetragenen Thatsachen aus einem anderen Rechtsgrunde gerechtfertigt sei. Und dies ist wirklich der Fall.

Demjenigen, welcher sein Rückforderungsrecht ausübt, kann selbstverständlich der dritte Erwerber Eigenthum nur dann übertragen, wenn er selbst solches hat. Trifft dies nicht zu, so bleibt das Eigenthum, von der irrigen Ausübung des Rückforderungsrechts unberührt, in der Hand dessen, der es bis dahin hatte. Im vorliegenden Falle geht nun die Behauptung der Klägerin dahin, daß sie ihr Miteigenthum dem T. nur zum Scheine verkauft, in Wahrheit aber niemals übertragen habe. Unter dieser Voraussetzung würden auch die Verklagten niemals Rechte von T. haben erwerben können, vielmehr würde die Klägerin Eigenthümerin geblieben und als solche ihre Rechte geltend zu machen, nach wie vor befugt sein. Mithin ergiebt sich, daß das materielle Klagerecht der Klägerin, genau gesehen, kein anderes ist, als ihr Eigenthum, und das ihr zum Schutze desselben gegebene Rechtsmittel eine

Digitized by Google

gewöhnliche Vindication; während sich nunmehr die Behauptung der Simulation des Kaufvertrages lediglich als die Verneinung einer inzwischen scheinbar eingetretenen Rechtsveränderung darstellt.

In der That enthält nun auch die hier angestellte Klage Nichts, was dem im Wege stände, sie als eine Vindication aufzufassen. Der Sachvortrag geht von der Behauptung aus, daß die Klägerin das Miteigenthum zu vier Achtel schon bei Lebzeiten ihres Ehemannes besessen und zu einem weiteren Achtel bei dessen Tode durch Erbgang erworben habe. Eben so findet sich in dem Schlußantrage, — freilich neben allerlei fremdartigen Bestandtheilen — auch das Petitum, zu erkennen, daß die Klägerin nach wie vor Eigenthümerin geblieben sei.

Es ist daher völlig unbedenklich, das Eigenthum für den Rechtsgrund der hier vorliegenden Klage und die Behauptung der Vertrags-Simulation für eine Replik auf den sich aus dem Sachvortrage von selbst ergebenden Einwand der Verklagten aus der Veräußerung an T. und ihrem Rechtserwerbe aus der Abforderung von diesem zu erklären. Uebrigens stimmt diese Auffassung auch mit den Grundsätzen der Entscheidung des Ober-Tribunales vom 21. Januar 1857 (Archiv für Rechtsfälle, Bd. XXIII. S. 261—266.) vollständig überein. Denn, wie dort die auf das Rückforderungsrecht gegründete Klage dem Einwande der Simulation des Kaufvertrages erlag, so muß auch im gegenwärtigen Falle der aus dem Rückforderungsrechte abgeleitete Einwand mittelst der Replik der Vertrags-Simulation entkräftet werden können.

Nach alle dem ist der Anspruch der Klägerin auf Anerkennung ihres Eigenthums an und für sich für begründet zu erachten.

Es fragt sich nunmehr an zweiter Stelle, in wie weit

Digitized by Google

sie den Beweis für die von ihr behaupteten Thatsachen erbracht hat.

(Hierauf wird ausgeführt, daß der Beweis mißlungen ist.)

№ 27.

Pacht eines Hüttenwerks mit der Verpflichtung zum Ankauf von Erzen des Verpächters.

Ueber den Einfluß einer Afterverpachtung auf die pacta adjecta des Pachtvertrages.

A. L. R. Thl. I. Tit. 21. §. 313. ff.

Die Erben des Güterdirectors Wilhelm E. sind Pächter des dem Grafen H. gehörigen Hüttenwerks zu N., auf Grund des mit ihrem Erblasser abgeschlossenen, nach dessen Tode aber, der darin getroffenen Vereinbarung gemäß, auf sie übergegangenen Pachtvertrages vom 22/23. Februar 1858. Nach §. 5. dieses Vertrages sind die Pächter verpflichtet, die Hälfte der alljährlich zum Betriebe des Hüttenwerks erforderlichen Eisenerze aus den gräflichen Eisenerzförderungen gegen einen Kaufpreis von 8 resp. 10 Sgr. pro Tonne zu entnehmen. Auf diese Contractsbestimmung gestützt, erhob der Graf H. gegen die genannten Erben Klage mit der Behauptung, sie hätten im Jahre 1863 aus seinen St.er. Förderungen zusammen 2091 Tonnen Eisenerze entnommen und zu dem gepachteten Hüttenwerke anfahren lassen, den Preis dafür aber von 8 Sgr. pro Tonne, zusammen von 557 Thlr. 18 Sgr., noch nicht bezahlt. Er beantragte deshalb, die E.schen Erben

Digitized by Google

zur Zahlung von 557 Thlr. 18 Sgr. nebst Zinsen zu verurtheilen.

Von den Verklagten bestritten die verehelichte S., die Wittwe E., die unverehelichte Louise E. und die vier minorennen Geschwister E., letztere durch ihren Litiscurator, die Entnahme der Erze und behaupteten, daß sie das Hüttenwerk N. bereits durch Vertrag vom 2. November 1862 dem Miterben Julius E. in Afterpacht überlassen, daß dieser das Werk seit jener Zeit für eigene Rechnung betrieben und daher auch für eigene Rechnung die vom Kläger angegebene Quantität Erze entnommen habe.

Die mitverklagte verehelichte S., welche ihre Erbschaft durch Vertrag vom 10/22. Mai 1861 an Julius E. verkauft haben wollte, hielt in Bezug auf sich auch aus diesem Grunde den klägerischen Anspruch für nicht gerechtfertigt. Außerdem war sie der Meinung, daß sie und die übrigen Mitverklagten eventuell nur als Beneficialerben verurtheilt werden könnten, da sie sämmtlich die Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hätten. Die genannten Verklagten beantragten deshalb die Abweisung des Klägers.

Der ursprünglich mitverklagte Julius E. erkannte die Entnahme der Erze für eigene Rechnung, sowie seine Verpflichtung, allein für deren Bezahlung aufzukommen, an.

Der Mitverklagte Adolph E. endlich wurde, da er für seine Person keinen Bevollmächtigten bestellt hatte, besonders zur Klagebeantwortung vorgeladen; er erschien jedoch auf diese Ladung nicht.

Nachdem Kläger die Einwendungen der Verklagten bestritten hatte, verurtheilte das Kreisgericht zu Beuthen die Verklagten nach dem Klageantrage, und zwar den Julius E. auf Grund seines Anerkenntnisses, den Adolph E. in contumaciam, die übrigen Mitverklagten aber aus folgenden Gründen:

Digitized by Google

Vermöge des zwischen den Parteien bestehenden Pachtverhältnisses — welches allein entscheidend wäre — seien die Verklagten verpflichtet, Erze vom Kläger zu entnehmen und für die entnommenen die im Pachtvertrage normirte Zahlung zu leisten. Von dieser Verpflichtung seien sie durch die angebliche Afterverpachtung nicht befreit worden, vielmehr nach §§. 316. 320. Tit. 21. Thl. I. des A. L. R. als Hauptpächter, nach wie vor, dem Verpächter für Alles, was er aus dem Pachtvertrage zu fordern habe, principaliter verhaftet, auch wenn der Afterpächter die fragliche Verpflichtung übernommen habe. Die Afterverpachtung, sowie der Verkauf der Erbschaft der verehelichten S. an Julius E. könne nur Regreßansprüche gegen den Letzteren begründen. Der Einwand der Beneficialerben-Qualität gehöre in die Executions-Instanz.

Gegen dieses Erkenntniß appellirten die Verklagten, mit Ausnahme von Julius E., Adolph E. und der verehelichten S., welche letztere indessen nachträglich dem Rechtsmittel noch beitrat. Auf diese Appellation erkannte der Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Ratibor unterm 7. December 1864 abändernd dahin:

daß Kläger mit seiner Klage, soweit sie gegen den Adolph E., die verehelichte S., die unverehelichte Louise E., die Wittwe E. und die vier minorennen Geschwister E. gerichtet ist, abzuweisen.

Der zweite Richter meinte nämlich: Fundament der Klage sei ein Kauf, nicht der Pachtvertrag vom 22. Februar 1858. Denn Kläger verlange einfach Kaufgeld für angeblich entnommene Erze von den Verklagten, dagegen nicht die Erfüllung der ihnen aus dem qu. Pachtvertrage obliegenden Verbindlichkeit, Erze von ihm zu entnehmen. Demgemäß sei auch die angebliche Afterverpachtung an Julius E. unerheblich und

Digitized by Google

der §. 320. Thl. I. Tit. 21. des A. L. R. nicht zutreffend. — Die Requisite eines Kaufgeschäfts seien aber im vorliegenden Falle nicht dargethan, die Klage also nicht substantiirt; denn Bestellung und Empfang sei, abgesehen von Julius E., ausdrücklich bestritten, Kläger aber habe einen Beweis für seine Behauptung, daß die Verklagten die Käufer und Empfänger der in der Klage angegebenen Quantität Erze gewesen seien, gar nicht angetreten. Die von ihm überreichten drei Quittungen könnten nichts beweisen, da sie weder von den Erben, noch für sie ausgestellt seien, sondern nur den richtigen Empfang St.er Erze für das Hüttenwerk N. bescheinigten. Das Hüttenwerk N. aber sei keine Person, auch aus einer Verwendung der Erze für dieses, dem Kläger selbst gehörende Hüttenwerk nicht geklagt worden. — Daß eine gemeinsame Bestellung Seitens aller Verklagten nicht füglich erfolgt sein könne, ergebe sich schon aus den entlegenen Wohnsitzen einzelner, von ihnen, sowie daraus, daß für die Minorennen erst mit Genehmigung der Vormundschaftsbehörde ein Ankauf hätte erfolgen können. Julius E. sei geständlich der alleinige Käufer der Erze; daß er bei dem Ankauf als Bevollmächtigter der Erben aufgetreten, sei nirgends behauptet.

Gegen dieses Urtel hat Kläger die Revision eingelegt, zufolge deren durch Urtel des dritten Senates des Ober-Tribunales vom 29. Mai 1865, unter Abänderung des zweiten, das erste Erkenntniß wiederhergestellt worden ist.

Gründe.

Daß die Erze, deren Bezahlung gefordert wird, an das Hüttenwerk zu N. gelangt sind, ist nicht bestritten; eben sowenig, daß sämmtliche Verklagte die Pächter jenes Werkes bilden. Haben sie an Einen aus ihrer Mitte, an Julius E., dasselbe in Afterpacht gegeben, so ist, weil dadurch das zwischen

Digitized by Google

ihnen als Pächtern und dem klagenden Verpächter bestehende Verhältniß überall nicht, weder unmittelbar, noch mittelbar, berührt worden (vergl. Entscheidungen Bd. 28. S. 103.) die Sache dem Kläger gegenüber in der Lage geblieben, als seien sie nach wie vor im Pachtbesitze und ließen sich nur in dessen Ausübung durch Julius E. vertreten. Wenn nun dieser vermöge der durch den Pachtvertrag begründeten Verbindlichkeit, also in Wahrnehmung einer ihm und den übrigen Verklagten als Pächtern obliegenden Pflicht, die streitigen Erze entnommen hat, so ist er nicht bloß selbst und allein als Käufer zur Bezahlung verbunden, sondern es sind dies zugleich, weil er als Vertreter der übrigen Verklagten, als deren Unterpächter, fungirte, auch diese insgesammt. Deshalb ist das erste Urtel, welches solches ausspricht, wiederherzustellen.

Irrelevant ist es, ob die verehelichte S. ihre Erbschaft verkauft hat, einer Seits, weil überhaupt das Recht des Erbschaftsgläubigers, den Erben zu belangen, durch den Erbschaftsverkauf nicht alterirt wird, (§§. 462. 463. Thl. I. Tit. 11. des A. L. R.), anderer Seits, weil die Verklagten nicht als Erben wegen einer Erbschaftsschuld belangt werden.

Aus dem letzteren Grunde ist auch der Einwand der Beneficial-Erben-Qualität unerheblich.

№ 28.

Herzogthum Westphalen. Ausübung der Hütungs-Gerechtigkeit.

Ist die Vorschrift der Großherzoglich Hessischen Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 9. Juli 1808

Digitized by Google

§. 125., wonach auf Grundstücken, die mit Gewächsen bestellt sind, welche zum Viehfutter gebraucht werden können, so lange keine Viehtrift oder Weide ausgeübt werden darf, bis diese Producte vom Landwirth völlig abgeerndtet sind, auch alsdann anwendbar, wenn dergleichen Gewächse nicht zum Zwecke des Aberndtens, sondern zur Hütung angepflanzt sind?

Großherzoglich Hessische Gemeinheitstheilnngs-Ordnung vom 9. Juli 1808 §. 125.

Dem Kläger steht als Besitzer des Sch. Hofes zu V. im Herzogthume Westphalen ein Schaafhütungsrecht auf dortiger Feldflur zu, welchem unbestritten auch ein vom Verklagten besessenes Grundstück von mehreren Morgen unterworfen ist. Dies Grundstück war im Jahre 1863, obgleich es nach der üblichen Fruchtfolge in diesem Jahre hätte brach liegen müssen, mit sogenanntem weißen Klee, einer Fruchtgattung, welche in der Regel nicht abgemäht, sondern durch Abhütung genutzt wird, bestellt, und wurde während des Sommers jenes Jahres durch das Vieh des Verklagten beweidet, demnächst aber theilweise umgebrochen, während auf dem übrigen Theile der Klee stehen blieb. Am 12. October, welcher Tag unbestritten der Anfangspunkt des dem Kläger zuständigen allgemeinen Hütungsrechts war, hütete der Schäfer desselben auf dem nicht umgebrochenen Theile des Grundstücks des Verklagten, wurde aber von diesem und dessen Leuten mit der Heerde verjagt. Kläger stellte daher Klage an, mit dem Antrage, zu erkennen, daß er als Besitzer des Sch. Hofes für befugt zu erachten, das Grundstück des Verklagten in der Weise wie die übrigen im Huderevier belegenen Ackerländereien mit seiner Schaafheerde zu behüten; und daß Ver-

Digitized by Google

klagter nicht befugt gewesen, am 12. October 1863 die Schaafheerde des Klägers von seinem Grundstücke zu vertreiben.

Der Verklagte beantragte Abweisung des Klägers, weil nach dem, hier als Provinzialgesetz zur Anwendung kommenden §. 125. der Großherzoglich Hessischen Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 9. Juli 1808 der Hutberechtigte auf den mit Viehfutter bestandenen Grundstücken erst nach der Aberndtung durch Abmähen oder Abhütung Seitens des Eigenthümers die Hütung ausüben dürfe, und danach auch weder eine — hier unbestritten unterbliebene — Einhegung der Grundstücke, noch eine Beschränkung in Bezug auf die Bestellung der Brachländereien mit Futterkräutern vorgeschrieben sei. Kläger behauptete hiergegen, daß in vorliegender Beziehung nicht sowohl die Großherzoglich Hessische Gemeinheitstheilungs-Ordnung, als vielmehr die betreffenden landrechtlichen Vorschriften maaßgebend seien, daß aber auch die gedachte Vorschrift der Gemeinheitstheilungs-Ordnung nur in dem Falle, wenn das verpflichtete Grundstück mit Früchten, welche abgeerndtet, nicht aber in dem Falle, wenn dasselbe mit Früchten, welche nicht abgeerndtet werden sollen, bestellt sei, die Hutberechtigten ausschließe.

Das Kreisgericht zu Lippstadt erachtete in seinem Erkenntnisse vom 20. Mai 1864 die Einreden des Verklagten für begründet und wies demgemäß den Kläger ab; auf die Appellation des Letzteren aber wurde der Verklagte durch Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Arnsberg vom 26. November 1864 nach dem Klageantrage verurtheilt.

Beide Vorderrichter erachten den §. 125. der Großherzoglich Hessischen Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 9. Juli 1808 hier für maaßgebend, insbesondere nimmt das Appellations-Urtel in dieser Hinsicht auf §. 3. des Publica-

Digitized by Google

tions-Patents vom 21. Juni 1825 Bezug, und es ist auch in der Nichtigkeits-Instanz hierüber nicht ferner gestritten worden.

Die vom Verklagten gegen das Appellations-Urtel eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist durch Erkenntniß des zweiten Senats des Ober-Tribunals vom 15. Juni 1865 aus nachstehenden

Gründen

zurückgewiesen.

Die Großherzoglich Hessische Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 9. Juli 1808 §. 125. bestimmt:

> Auf Grundstücken, die mit Klee, Kartoffeln, Rüben, Kohl und irgend einem anderen Gewächs, welches zum Viehfutter gebraucht werden kann, besäet oder bepflanzt sind, darf so lange keine Viehtrift oder Weide ausgeübt werden, bis diese Producte vom Landwirth völlig abgeerndtet sind. Die Zeit dieser Erndte, mithin, wie lange solche Pflanzen oder Wurzeln auf oder im Lande stehen bleiben sollen, hängt von der freien Willkühr des Landwirthes ab, und kein Weideberechtigter darf ihn hierin auf irgend eine Art beschränken, vielmehr sind die Weideberechtigten verbunden, ihr Vieh dergestalt unter Aufsicht zu halten, oder durch Hirten, für welche sie allemal subsidiarisch verantwortlich sind, unter Aufsicht halten zu lassen, daß kein Futtergewächs, so lange es sich auf dem Felde befindet, dadurch beschädigt wird.

Der Appellations-Richter hat diese Vorschrift deshalb, weil das Grundstück des Verklagten mit einer Kleegattung bestellt gewesen, welche, wie Verklagter zugestehe, nicht zum Behufe des Aberndtens gepflanzt werde, und auch im vorliegenden Falle nicht zu diesem Zwecke, sondern zur Hütung angepflanzt worden sei, hier für unanwendbar erachtet.

Digitized by Google

Implorant beschuldigt den Appellations-Richter, den citirten §. 125. durch unrichtige Auffassung verletzt, insbesondere dabei auf das Wort „abgeerndtet" mit Unrecht Gewicht gelegt zu haben. Das fragliche Gesetz sei, so wird in der Nichtigkeits-Beschwerde auszuführen gesucht, erlassen, um den Futterbau zu begünstigen, welcher nothwendig geworden, wenn die bisherigen Weideplätze getheilt würden, der citirte Paragraph untersage unbeschränkt die Hutung auf solchen Grundstücken, die mit Klee oder einem anderen Gewächs, welches zum Viehfutter gebraucht werden könne, bestellt seien, bis die Aberndtung erfolgt sei; ob letztere mittelst Mähens oder mittelst des Hütens von Vieh geschehe, sei gleichgültig, indem in beiden Fällen eine Aberndtung erfolge.

Das Abhüten durch Vieh kann aber schon nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche als ein Aberndten nicht betrachtet werden; der Appellations-Richter nimmt vielmehr um deswillen, weil im citirten §. 125. das Wort aberndten gebraucht sei, welches stets den Begriff des Einbringens der Früchte in sich schließe, ferner, weil in diesem Paragraphen der Klee mit den Futterfrüchten Kartoffeln, Rüben, Kohl, zusammengestellt sei, mit Recht an, daß die Vorschrift dieses Paragraphen auf Grundstücke, welche mit Klee bestellt sind, nur in sofern anwendbar sei, als die Gattung von Klee, mit welcher die Bestellung geschehen, sich ihrer Natur nach zur Aberndtung eignet. Der vom Appellations-Richter gemachte Unterschied wird hiernach durch das angeführte Gesetz allerdings begründet. Auch liegt es, wie der Appellations-Richter ferner mit Recht annimmt, nicht im Geiste des Gesetzes, den Hudeberechtigten durch die Hude des Eigenthümers vom Gebrauche seines Rechts auszuschließen, dies hat vielmehr sowohl nach dem Wortlaute als nach dem Zwecke und der Absicht des Gesetzes nur mit

Digitized by Google

Rücksicht auf die vom Eigenthümer vorzunehmende Aberndtung geschehen sollen.

№ 29.

Paderborn. Eheliche Gütergemeinschaft.

Finden bei Ehen, welche unter der Gültigkeit der älteren Paderborner statutarischen Gütergemeinschaft geschlossen waren, die nach diesem älteren Recht geltenden Grundsätze der sogenannten Todtheilung auch dann Anwendung, wenn die Auflösung dieser Ehe durch den Tod des einen Ehegatten, die Wiederverheirathung des überlebenden Gatten und die Schichtung desselben mit den Kindern aus der vorigen Ehe, zu einer Zeit erfolgte, wo das Gesetz über das eheliche Güterrecht vom 16. April 1860 bereits Gesetzeskraft erlangt hatte?

Gesetz, betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westphalen und den Kreisen Rees, Essen und Duisburg, vom 16. April 1860 (Ges.-S. S. 165.) §. 22.

Die Wittwe M. war in erster Ehe mit Ignatz St. verheirathet. In dieser Ehe galt die alte statutarische Paderborner Gütergemeinschaft; es wurden darin sechs Kinder geboren. Der Vater starb am 2. März 1861. Die Mutter schritt am 29. August 1861 mit Johann M. zur zweiten Ehe. Sie schichtete mit ihren sechs Kindern aus erster Ehe am 10. September und 3. October 1861 in der Weise, daß sie das ganze gütergemeinschaftliche Vermögen eigenthümlich übernahm und ihren Kindern die, der Hälfte des gesammten

Digitized by Google

Vermögenswerthes gleichkommenden Geldabfindungen aussetzte. Diese Schichtung wurde unterm 12. October 1861 obervormundschaftlich genehmigt. Mit ihrem zweiten Ehemanne Johann M. lebte sie in der provinziellen Gütergemeinschaft zufolge des neueren Gesetzes vom 16. April 1860. Jener starb am 4. April 1863, seine Wittwe am 24. April 1863. Das einzige Kind aus ihrer zweiten Ehe, Veronica M., bezüglich ihre Vormundschaft, setzte sich, als Intestaterbin in den Besitz des Nachlasses ihrer Eltern. Die sechs Kinder erster Ehe, Geschwister St., nahmen gegen dieselbe ein Miterbrecht in Anspruch, weil nach ihrer Ansicht die Wirkungen jener Schichtung von 1861, wo das neue Gesetz vom 16. April 1860 bereits galt, nach diesem Gesetze zu beurtheilen seien, zufolge dessen die Schichtung nicht mehr eine völlige Abfindung der abgeschichteten Kinder vom Vermögen der zweiten Ehe (Todtheilung) begründe, sondern die abgeschichteteten Kinder ihr gesetzliches Erb- und Pflichttheilsrecht an dem Nachlasse des schichtenden Parens, mit dessen Kindern zweiter Ehe, behielten, sofern sie nicht durch einen Erbvertrag abgefunden seien. Sie beantragten daher die Verurtheilung der Verklagten, das Miterbrecht der Kläger an dem Nachlasse ihrer Mutter zu gleichen Kopftheilen, also zu sechs Siebentel, anzuerkennen und den Klägern ihre Erbtheile, bezüglich deren Werth, herauszugeben.

Seitens der Verklagten wurde dagegen die Abweisung der Klage beantragt, weil hier nicht die Bestimmungen des neuen Gesetzes vom 16. April 1860, sondern zufolge §. 22. desselben das alte Paderborner Güterrecht in Anwendung komme, nach welchem die Kläger vermöge der Schichtung vom gesammten Vermögen beider Eltern abgefunden seien.

Hiermit übereinstimmend erkannte auch das Kreisgericht zu Warburg am 1. Juli 1864 auf Abweisung der Klage,

Digitized by Google

und das Appellations-Gericht zu Paderborn erkannte, auf die Appellation der Kläger, am 16. December 1864 auf Bestätigung dieses Urtels. Die Abschichtung des älteren statutarischen Rechts — sagt der Appellations-Richter — habe eine weit umfassendere Bedeutung und Wirkung, als die im §. 7. des Gesetzes vom 16. April 1860 erwähnte Abfindung. Jene Abschichtung habe die Wirkung der vollständigsten Todtheilung in Beziehung auf den ganzen künftigen Nachlaß des überlebenden Parens, die abgeschichteten Kinder hätten auch nicht den geringsten Erbanspruch an den Parens mehr zu machen. Mit dieser Befreiung sei die Wittwe St. in die zweite Ehe nach dem neuen Gesetze getreten; das Vermögen, welches sie in die neue Gemeinschaft brachte, sei also frei von jedem Erbrecht ihrer Vorkinder auf ihren zweiten Ehemann und ihre Descendenz aus dieser zweiten Ehe übertragen, und dieses einmal wohl erworbene Recht für sie, ihren Ehemann und ihr mit ihm erzeugtes Kind — die Verklagte — habe durch die Erbfolge-Grundsätze des neueren ehelichen Güterrechts zum Vortheil der abgefundenen Kinder erster Ehe nicht geändert werden können. So dürfe auch nur der §. 22. des neueren Gesetzes gedeutet werden, welcher alle aus den früheren Ehen bereits entstandenen oder noch entstehenden vermögensrechtlichen Verhältnisse nur nach den alten Statuten und Gewohnheiten beurtheilt wissen wolle. Die Ehefrau M. habe ihren abgeschichteten Kindern erster Ehe gegenüber ein Recht darauf erworben, daß diese bei ihrem Tode von ihrem Nachlasse durch ihren zweiten Ehemann und durch ihr Kind zweiter Ehe ausgeschlossen wurden und habe es einer besonderen ausschließenden Verfügung darüber von ihrer Seite nicht weiter bedurft, da diese von selbst in der todtheilenden Abschichtung jener und in ihrer Wiederverheirathung gelegen habe.

Digitized by Google

Die Kläger erhoben hiergegen die Nichtigkeits-Beschwerde, dieselbe wurde jedoch durch Urtel des ersten Senats des Ober-Tribunals vom 12. Juni 1865 zurückgewiesen.

Gründe.

Der Anspruch der Kläger, jetzt Imploranten, auf das Miterbrecht an dem Nachlasse ihrer verstorbenen Mutter, der Wittwe Johann M., hängt davon ab, welche Wirkung man der Schichtungs-Verhandlung vom 10. September und 3. October 1861 beimißt: ob man nämlich auf dieselbe die Vorschriften des älteren statutarischen Rechts, nach welchen durch eine solche Schichtung die Kinder der vorigen Ehe (die Kläger) auch von dem Nachlasse ihrer zur zweiten Ehe geschrittenen Mutter in der Art für abgefunden zu halten sind, daß sie bei dieser Succession auch ohne Weiteres, kraft des Statutarrechts, durch das Kind dieser zweiten Ehe — die Verklagte — völlig ausgeschlossen werden, ob man also die Grundsätze der sogenannten Todtheilung, welche ohne Zweifel nach dem älteren Paderborner ehelichen Güterrechte Geltung hatten, auch auf den gegenwärtigen Successionsfall anzuwenden hat. Die vorigen Richter haben dies angenommen und die Kläger deshalb mit ihren Erbansprüchen, der Verklagten gegenüber, abgewiesen, indem sie durch den §. 22. des Gesetzes vom 16. April 1860 die Anwendung der Successions-Ordnung dieses neuen Gesetzes auf den vorliegenden Successionsfall für ausgeschlossen halten. Die Imploranten beschuldigen deshalb den vorigen Richter, daß er die §§. 7. 15. und 22. jenes Gesetzes verletzt habe. Diese Rüge kann jedoch nicht für begründet erachtet werden.

Wären die §§. 7. und 15. a. a. O. auf die gedachte Schichtung anwendbar, so würde danach allerdings dieser Schichtung, als solcher für sich allein, jene Wirkung der Todtheilung nicht beizulegen sein. Denn das neuere Gesetz

Digitized by Google

hat die Grundsätze der Todtheilung nicht angenommen; und wenn im §. 7. gesagt wird:

> Auch Kinder des Verstorbenen aus einer früheren Ehe, die nicht wegen ihres Erbrechts an seinen künftigen Nachlaß abgefunden sind, nehmen an dieser Erbschaft Theil,

so würde in der bloßen Schichtung nach diesem Gesetze eine Abfindung von dem künftigen Nachlasse der Schichtgeberin nicht gefunden werden können. Auch ist es richtig, daß sowohl der Tod des Vaters und die Wiederverheirathung der Mutter der Parteien, als auch die Schichtung selbst zu einer Zeit erfolgte, wo das Gesetz vom 16. April 1860 Gesetzeskraft erlangt hatte. Allein eben so richtig ist es, daß die erste Ehe der Wittwe M., aus welcher die Kläger herstammen, vor der Einführung dieses Gesetzes geschlossen war. Für solche Ehen bestimmt aber §. 22. l. c.

> Die aus Ehen, welche vor der Gültigkeit des gegenwärtigen Gesetzes geschlossen worden sind, bereits entstandenen oder noch entstehenden vermögensrechtlichen Verhältnisse sind nicht nach diesem Gesetze, sondern noch ferner nach den bisherigen Gesetzen, Statuten und Gewohnheiten zu beurtheilen.

Die Imploranten behaupten nun zwar, die gedachte Schichtungsverhandlung sei kein aus der ersten Ehe entstandenes oder noch entstehendes vermögensrechtliches Verhältniß; allein dies ist nicht zutreffend. Die Schichtung und das Recht des Schichtgebers oder der Schichtgeberin, die Kinder durch dieselbe von dem ganzen elterlichen Vermögen abzufinden, steht mit der aufgelösten Ehe und mit den vermögensrechtlichen Verhältnissen dieser Ehe in unmittelbarer Verbindung. Sie stellt den Abschluß und die Auflösung der zwischen den Kindern der vorigen Ehe und dem überlebenden Parens bestandenen fortgesetzten Gütergemeinschaft dar. Wenn daher das neue Gesetz

Digitized by Google

auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse der vorigen Ehe keine Anwendung finden soll, solche vielmehr nach den Gesetzen, Statuten und Gewohnheiten, welche für diese frühere Ehe maaßgebend waren, zu beurtheilen sind, so kann auch jener Aufhebungsact der aus der früheren Ehe hervorgegangenen Gemeinschaft, in allen seinen Wirkungen nur nach den Rechtsnormen, welche für die Rechtsverhältnisse der früheren Ehe geltend waren, beurtheilt werden. Daraus ergiebt sich, daß diese Schichtung nach den Grundsätzen der Todtheilung zu beurtheilen, und daher die Kinder erster Ehe durch dieselbe von dem ganzen elterlichen Vermögen für abgefunden zu halten sind, so daß sie ein Miterbrecht an dem Nachlasse der Schichtgeberin, dem Kinde der zweiten Ehe derselben, der Verklagten, gegenüber, nicht mehr geltend machen können. Sie würden, gerade weil sie aus der ersten Ehe herstammen, ihr Successionsrecht immer nur aus dieser ersten Ehe herleiten können; dieses Successionsrecht wäre daher auch aus diesem Gesichtspunkte, im Sinne des §. 22., den vermögensrechtlichen Verhältnissen, welche aus der früheren Ehe entstanden sind, beizuzählen, und eben deshalb können sie nicht verlangen, daß auf ihr Successionsrecht die Vorschriften des neuen Gesetzes in Anwendung gebracht werden. Dadurch, daß die zweite Ehe ihrer Mutter nach den Vorschriften des neuen Gesetzes eingegangen und zu beurtheilen ist, kann den Kindern der ersten Ehe kein neues Successionsrecht zufallen, da sie nach den vermögensrechtlichen Grundsätzen der ersten Ehe, die für sie lediglich und allein maaßgebend sind, auf ein weiteres Erbrecht keinen Anspruch mehr haben.

Digitized by Google

№ 30.

Zurücknahme einer Ehescheidungs-Klage unter Vorbehalten.

Kann ein Ehescheidungsgrund noch gerügt werden, wenn eine deshalb angestellte frühere Scheidungs-Klage, auf Grund einer unter Bedingungen und Vorbehalten ertheilten Verzeiung, zurückgenommen ist?

Gesetz vom 28. Juni 1844 (Ges.-S. S. 184.) §. 53.
Präjudiz Nr. 492. (Samml. I. S. 155.)

Die Ehefrau des Gutsbesitzers S. erhob im November 1861 eine Scheidungs-Klage gegen ihren Ehemann wegen Trunksucht desselben, ihr zugefügter Beschimpfungen, Thätlichkeiten und gefährlicher Drohungen und eines von ihm mit der Auguste T. verübten Ehebruches. Sie nahm später die Klage auf Grund eines mit ihrem Manne außergerichtlich geschlossenen Vergleichs vom 6. December 1861 zurück. In diesem Vergleiche hat der Ehemann versprochen, seiner Ehefrau keinen weiteren Anlaß zur Unzufriedenheit zu geben, am wenigsten sie zu beschimpfen, sie zu mißhandeln oder die eheliche Treue zu brechen. Die Frau erklärte, in der Erwartung, daß der Mann seine Versprechungen erfüllen werde, die Scheidungs-Klage zurücknehmen zu wollen, behielt sich aber ausdrücklich vor, die in der jetzigen Klage vorgebrachten Thatsachen von Neuem als Scheidungsgründe geltend zu machen, wenn der Ehemann sich die in derselben gerügten Fehler wieder zu Schulden kommen lassen sollte. Der Ehemann gestand den gemachten Vorbehalt ausdrücklich zu.

Digitized by Google

Vor Ablauf eines Jahres seit dem Vergleiche stellte die Ehefrau eine neue Scheidungs-Klage an. Sie gründete dieselbe auf neue Fälle von Trunkenheit, Beschimpfungen, Mißhandlungen und Bedrohungen, nahm zugleich die in dem früheren Processe gerügten Vorfälle gleicher Art, ingleichen den dem Verklagten Schuld gegebenen Ehebruch mit der Auguste T. als Scheidungsgründe wieder auf, und behauptete, daß sie von denselben nach dem in dem Vergleiche gemachten Vorbehalt Gebrauch zu machen wohl befugt sei, da Verklagter sein darin gegebenes Versprechen nicht gehalten habe, vielmehr in seine früheren Fehler zurückverfallen sei.

Verklagter bestritt alle als Scheidungsgründe gerügten Thatsachen, sowohl diejenigen, wegen welcher schon in dem ersten Processe die Ehescheidung gesucht war, als diejenigen, welche nach dessen Zurücknahme vorgefallen sein sollten. Er wandte ein, daß Klägerin sich der ersteren überhaupt nicht mehr bedienen könne, weil sie in Folge des Zeitablaufs vor länger als einem Jahre und der Zurücknahme der früheren Klage als verjährt und verziehen anzusehen wären. Eventualiter meinte er, daß der Fall des Vorbehalts nicht vorhanden sei, da ihm ein späterer Ehebruch, nach dem in dem früheren Processe ihm zum Vorwurfe gemachten mit der Auguste T., nicht zur Last gelegt werde, die angezeigten übrigen Umstände aber die Scheidung überhaupt nicht rechtfertigten. Schlimmstenfalls lehnte Verklagter wenigstens ein Uebergewicht der Schuld ab, indem Klägerin sich durch eigenmächtige Trennung von ihm und verweigerte Rückkehr nach erlassenem richterlichen Befehle einer böswilligen Verlassung schuldig gemacht habe.

Nachdem über sämmtliche Scheidungsgründe Zeugenbeweis erhoben war, ist durch gleichlautende Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Eisleben vom 5. Mai 1863 und des Appellations-Gerichts zu Naumburg vom 28. Januar 1864 die Trennung

Digitized by Google

der Ehe ausgesprochen und Verklagter unter Verurtheilung in die Scheidungsstrafe für den schuldigen Theil erklärt.

Der Appellations-Richter begründet die Scheidung durch den in dem ersten Scheidungs-Processe gerügten Ehebruch des Verklagten mit der Auguste T., den er für erwiesen achtet. Er nimmt an, daß Klägerin durch Zurücknahme der früheren Klage dieser Scheidungs-Ursache nicht verlustig gegangen sei, weil ihr der in dem Vergleiche gemachte Vorbehalt zu Statten komme. Derselbe, führt der Appellations-Richter aus, sei wirksam geworden, indem verschiedene Zeugen neue Beleidigungen und Thätlichkeiten des Verklagten gegen Klägerin aus späterer Zeit bekundet hätten. Nach dem Sinne des Vergleichs sei Klägerin dadurch zur Wiederaufnahme des Scheidungs-Antrages auch wegen des Ehebruchs berechtigt, ein neuer Ehebruch des Verklagten dazu nicht nothwendig gewesen.

Auf Revision des Verklagten hat der erste Senat des Ober-Tribunals am 6. Juli 1864 die vorigen Entscheidungen abgeändert und die Scheidungs-Klage der Klägerin zurückgewiesen.

Gründe.

Der Hauptscheidungsgrund der Klägerin beruht auf Ehebruch, den Verklagter mit der unverehelichten T. getrieben haben soll. Der Appellations-Richter hat denselben für überzeugend nachgewiesen erachtet, und deshalb die Ehe, unter Verurtheilung des Verklagten als schuldigen Theil und in die Scheidungsstrafe, getrennt. Verklagter wendet ein, daß Klägerin wegen des behaupteten Ehebruchs die Scheidung nicht nachsuchen könne, weil derselbe bereits in einer nachher zurückgenommenen früheren Scheidungsklage gerügt und für verziehen oder verjährt zu achten sei.

Die frühere Klage, in welcher der gedachte Ehebruch mit der T., Trunksucht des Verklagten, Beschimpfungen, Thätlich-

Digitized by Google

keiten und Drohungen als Scheidungs-Ursachen angegeben waren, ist von der Klägerin auf Grund eines außergerichtlichen Vergleiches zurückgenommen. Klägerin hat sich darin ausdrücklich vorbehalten, wenn Verklagter sich wieder dieselben Fehler zu Schulden kommen ließe, wegen der gerügten Thatsachen von Neuem die Scheidungs-Klage anzustellen, Verklagter den Vorbehalt zugestanden. Nach Ansicht der Klägerin soll der Fall des Vorbehalts eingetreten sein, da Verklagter wiederum der früheren Trunksucht sich hingegeben, neue Thätlichkeiten, Kränkungen und Drohungen gegen sie verübt habe.

Unter den Parteien ist darüber gestritten, ob nach dem Inhalte und Sinn des Vergleichs Klägerin schon wegen neuer Fälle der Trunkenheit, Kränkungen und Drohungen, auf den Ehebruch des Verklagten mit der T. zurückkommen dürfe, oder ob sie dazu nur dann habe berechtigt werden sollen, wenn dem Verklagten ein abermaliger Ehebruch zur Last fallen würde. Auf eine Erörterung, wie in dieser Beziehung der Vergleich aufzufassen, kommt es indessen nicht an. Die Wiederaufnahme der zurückgenommenen Scheidungs-Klage wegen desselben Ehebruchs erscheint nach der Vorschrift des §. 53. der Verordnung vom 28. Juni 1844 an sich unzulässig. Sie verordnet:

> Bis zur Rechtskraft des Scheidungs-Urtels kann die Klage zurückgenommen werden. Die auf diese Klage ergangenen Urtel verlieren alsdann in allen Bestimmungen ihre rechtliche Wirkung, und die Thatsachen, aus denen geklagt worden, können als selbstständiger Scheidungsgrund nicht mehr geltend gemacht werden.

Klägerin behauptet, daß der Schlußsatz des §. 53. cit. auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finde, weil die Zurücknahme der Klage auf Grund eines Vergleiches geschehen, und in demselben der Vorbehalt der Besserung des anderen Theils

Digitized by Google

gemacht sei. Das Präjudiz Nr. 492. hat auch den Grundsatz aufgestellt:

> Der bei Zurücknahme einer Ehescheidungs-Klage von Seiten des Klägers geschehene Vorbehalt eines Ehescheidungsgrundes berechtigt jenen nur, binnen einem Jahre auf diesen Grund eine neue Ehescheidungsklage anzustellen.

Es ist sonach angenommen, daß sich der klagende Theil durch einen derartigen Vorbehalt den Scheidungsgrund erhalte, und letzterer erst nach der Vorschrift des §. 721. Thl. II. Tit. 1. des A. L. R. als verziehen verloren gehe, wenn nicht innerhalb Jahresfrist die Klage von Neuem angestellt werde. Allein das Präjudiz datirt vom Jahre 1838 und hat die damals bestehenden Gesetze zur Grundlage. Sie enthielten keine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob und in wie weit bei einer Zurücknahme der Scheidungs-Klage von demselben Scheidungsgrunde in einer neuen nochmals Gebrauch gemacht werden könne. Seitdem ist durch die Verordnung vom 28. Juni 1844 eine Aenderung in der Gesetzgebung eingetreten, und in dem §. 53. cit. eine Bestimmung gegeben, welche über die den Gegenstand des Präjudizes ausmachende Frage ausdrücklich entscheidet. Mit dieser Bestimmung fällt der Grundsatz des Präjudizes als antiquirt von selbst weg. Sie verbindet mit der Zurücknahme der Klage ganz uneingeschränkt die Folge, daß die Thatsachen, aus welchen geklagt war, nicht mehr als selbstständige Scheidungsursachen dienen können, und macht davon auch alsdann keine Ausnahme, wenn sie unter gewissen Vorbehalten geschehen war. Solche Vorbehalte sind daher als wirkungslos anzusehen. Durch die Privatwillkür der Parteien kann hierin nichts geändert werden, daher es gleichgültig erscheint, ob der Vorbehalt bloß einseitig erklärt ist, oder dazu der andere Theil seine Zustimmung ertheilt hat.

Digitized by Google

Hierdurch erledigt sich der Vorwurf nicht nur des Ehebruchs, sondern auch derjenigen Thätlichkeiten und Kränkungen, die schon in der früheren Klage von der Klägerin als Scheidungsursachen vorgebracht waren.

Es wird dann ausgeführt, daß sich durch die Beweisaufnahme über die späteren Vorfälle ein rechtmäßiger Anlaß zur Scheidung nicht hervorgestellt habe.

№ 31.

Enterbungs-Ursachen.

Ob eine von einem Kinde seinem Vater zugefügte grobe Schmähung, der Mutter einen rechtmäßigen Grund zur Enterbung des Kindes giebt?

A. L. R. Thl. II. Tit. 2. §. 403.

Die Gastwirth August D.'schen Eheleute haben am 17. November 1853 einen Erbvertrag errichtet und darin sich und vier Kinder, sowie die Enkel von einer vorverstorbenen Tochter unter der Bestimmung zu Erben eingesetzt, daß der Ueberlebende den Nießbrauch des gemeinschaftlichen Vermögens haben und darüber unter Lebenden wie von Todeswegen zu verfügen berechtigt sein, nach seinem Tode aber die gesetzliche Erbfolge eintreten solle. Am 31. Juli 1857 erklärten sie in einem Nachtrage zum Erbvertrage, ihr Sohn August Wilhelm, — der jetzige Beklagte — habe sich in einer Weise gegen seinen Vater betragen, daß sie darin Veranlassung fänden, ihn von ihrem Nachlasse auszuschließen. Er habe nämlich ꝛc., ohne gegründete Ursache, seinen Vater mit groben Schmähungen überhäuft, ihn namentlich einen schlechten Kerl, einen schlechten

Digitized by Google

Hund und groben Betrüger genannt. Sie hielten sich daher für berechtigt, gegen ihren gedachten Sohn die Enterbung auszusprechen, und verordneten unter Aufhebung der entgegengesetzten Bestimmungen des Erbvertrags, daß ihm von ihrem dereinstigen Nachlasse nicht das Geringste mehr zufallen solle.

Hiernächst verstarben zuerst am 1. August 1857 die verehelichte D., dann am 11. Juli 1858 eines der Kinder, August, der auf einen bloßen Nießbrauch eingesetzt war und daher jetzt ausscheidet, zuletzt am 14. August 1862 der Gastwirth D. Letzterer hatte vor seinem Tode am 30. Mai 1859 eine auf seinen Namen eingetragene Hypotheken-Forderung von 1500 Thlr., angeblich aus bloßer Freigebigkeit, dem enterbten Sohne Wilhelm, der sie auch eingezogen hat, cedirt. Die übrigen Kinder resp. Enkel halten den Erblasser wegen der in dem Nachtrage zum Erbreceß ausgesprochenen Enterbung nicht für befugt, eine solche Verfügung zu ihrem Nachtheile zu treffen, und haben klagend beantragt, die Cession, als ungültig, für Kläger unverbindlich zu erklären, und den Beklagten zu verurtheilen, die 1500 Thlr. nebst Zinsen, ohne Entgeld an die Nachlaßmasse beider Eheleute zurück zu cediren, oder 1500 Thlr. nebst Zinsen zu zahlen und die erhobenen in separato zu ermittelnden Zinsen zu ersetzen.

Beklagter wandte ein, daß die ihm cedirten 1500 Thlr. zum Vermögen seines Vaters gehört hätten und dieser durch den Erbvertrag vom 17. November 1853 und Nachtrag vom 31. Juli 1857 nicht beschränkt gewesen sei, darüber unter Lebenden gültig zu verfügen. Er behauptete, sein Vater habe sie ihm nicht geschenkt, sondern als Belohnung für, demselben längere Zeit hindurch gewährte Wohnung und Kost überlassen.

Beklagter bestritt ferner, die gerügten Schimpfreden gegen seinen Vater geführt zu haben, wollte nicht zugeben,

Digitized by Google

daß sie als eine rechtmäßige Enterbungs-Ursache anzusehen wären und meinte schlimmsten Falls, daß sie höchstens den Vater, nicht auch die Mutter, gegen welche sie nach der eigenen Angabe der Kläger nicht gerichtet gewesen wären, zur Enterbung hätten berechtigen können. Beklagter widersprach deshalb nicht nur der Klage, sondern focht auch die Rechtmäßigkeit der Enterbung an, und beantragte reconveniendo gegen Kläger, welche die Verlassenschaft beider Eltern in Besitz genommen haben, die letztwillige Verordnung beider D.schen Eheleute vom 31. Juli 1857, event. wenigstens die der Ehefrau, soweit sie die Enterbung betrifft, für ungültig und Kläger für schuldig zu achten, ihm aus dem Nachlasse seiner Eltern event. wenigstens seiner Mutter, den Pflichttheil zu entrichten.

Nach erhobenem Zeugenbeweise über die ausgestoßenen Schimpfreden hat das Kreisgericht zu Genthin durch Erkenntniß vom 29. September 1863 in conventione die Kläger abgewiesen, in reconventione in Ansehung des Nachlasses der Mutter die Kläger nach dem Reconventions-Antrage verurtheilt, Hinsichts des Pflichttheils an dem Nachlasse des Vaters den Beklagten über die Schmähungen zum Reinigungs-Eide verstattet, und von dessen Leistung oder Nichtleistung die Entscheidung abhängig gemacht.

Auf die Appellation der Kläger, in welcher diese noch dem Anspruche auf den Pflichttheil den Einwand der zweijährigen Verjährung aus §. 440. Thl. II. Tit. 2. A. L. R. entgegenstellten, hat das Appellations-Gericht zu Magdeburg am 12. April 1864 zwar in conventione das erste Erkenntniß bestätigt, in reconventione aber abändernd den Pflichttheils-Anspruch Hinsichts des Nachlasses beider Eltern abgewiesen.

Beide Richter fassen den §. 403. Thl. II. Tit. 2. A. L. R. verschieden auf. Während der erste Richter annimmt,

Digitized by Google

daß eine mündliche Beleidigung gegen den einen Ehegatten nur diesem, nicht auch dem anderen ein Recht zur Enterbung des Kindes gäbe, ist der Appellations-Richter der Meinung, daß davon auch der andere Ehegatte einen Enterbungsgrund hernehmen könne.

Vom Beklagten ist quoad reconventionem die Revision, von den Klägern quoad conventionem die von der Revision nach sich gezogene Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt. Der erste Senat des Ober-Tribunals hat auf diese Beschwerden am 9. December 1864

in conventione beide vorige Entscheidungen bestätigt,

in reconventione rücksichtlich des Nachlasses der Mutter das erste Erkenntniß wiederhergestellt,

rücksichtlich des Nachlasses des Vaters den Klägern den Erfüllungs-Eid über die Schmähungen theils de veritate theils de ignorantia anvertraut, bei dessen Leistung den Beklagten mit dem Anspruche auf den Pflichttheil aus dem Nachlasse des Vaters abgewiesen, bei dessen Nichtleistung die Kläger zu dessen Gewährung an Verklagten verurtheilt.

Gründe.

In reconventione fechten Kläger die Cession ihres Erblassers vom 30. Mai 1859 als für sie unverbindlich an und verlangen,

daß Verklagter ihnen die cedirte Forderung nebst Zinsen zurückcedire oder erstatte.

Diesem Anspruche fehlt es an der gehörigen Begründung.

Unbestritten gehörte die cedirte Forderung zum eigenen Vermögen des Vaters der Parteien, Gastwirths D. Ueber dieselbe unter Lebenden durch Cession zu verfügen wurde er durch den mit seiner verstorbenen Ehefrau geschlossenen Erbvertrag vom 17. November 1853 und Nachtrag vom

Digitized by Google

31. Juli 1857 nicht gehindert. Dieser Grundsatz ist im §. 624. Thl. I. Tit. 12. A. L. R. ausdrücklich ausgesprochen und wird durch den Inhalt der von den Eheleuten getroffenen letztwilligen Dispositionen durchaus nicht ausgeschlossen. Sie haben darin sich und die Kinder resp. Enkel von seiner vorverstorbenen Tochter gegenseitig zu Erben eingesetzt, und dabei bestimmt, daß der Ueberlebende den lebenlänglichen Nießbrauch von dem gemeinschaftlichen Vermögen mit ausgedehnten Verfügungsrechten haben, nach seinem Tode die gesetzliche Erbfolge eintreten, das eine der Kinder aber, Verklagter, von beiden Verlassenschaften enterbt sein solle. Nach dieser Bestimmung stand der überlebende Ehemann Hinsichts des Nachlasses der erstverstorbenen Ehefrau in dem Verhältnisse eines Fiduciarerben. In wiefern er nach dem Inhalte des Erbvertrages und den gesetzlichen Vorschriften über fideicommissarische Substitutionen — §. 466. seq. Thl. I. Tit 12. A. L. R. — über Theile dieses Nachlasses zu Gunsten des enterbten Sohnes gültig verfügen konnte, kommt jetzt nicht in Betracht, da die cedirte Forderung nicht zu demselben gehört hat. In Beziehung auf das eigene Vermögen wurde der Erblasser nach §. 627. ibid., unter der §. 628. gemachten Ausnahme durch den Erbvertrag verhindert, über dasselbe letztwillig zu verordnen. Dies ist von ihm nicht geschehen; er hat die Hypothekenforderung dem Verklagten nicht letztwillig zugewendet, sondern durch Cession unter Lebenden übereignet. Aus gleichem Grunde kommt es hier auf die §§. 492. 493. Tit. 1. Thl. II. A. L. R. nicht an, nach welchen der in einem wechselseitigen Testamente eingesetzte überlebende Ehegatte, wenn er die Erbschaft des erstverstorbenen angenommen hat, auch von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen kann, sofern erhellt, daß ihm in Rücksicht auf dieselbe der Nachlaß zugewendet ist. Daß der

Digitized by Google

Erblasser selbst den Verklagten enterbt hat, erscheint gleichgültig. Die Enterbung hat den Verklagten von dem dereinstigen Nachlasse ausgeschlossen, dem Erblasser aber nicht die Befugniß entzogen, mit demselben später Geschäfte unter Lebenden einzugehen. Ebenso ist der Umstand einflußlos, daß nach Angabe der Kläger der Cession ein Geschenk zum Grunde liegen soll. Ein solches würde nur aus gesetzlichen Gründen, namentlich wegen Uebermaaßes, einem Widerrufe unterliegen können. — §. 625. Thl. I. Tit. 12., §. 1089. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. —

In dieser Art haben Kläger ihren Anspruch nicht begründet. Sie sind der Meinung, daß in Folge des Erbvertrages und der Beerbung der erstverstorbenen Ehefrau der überlebende Ehemann Hinsichts seines eigenen Vermögens zu Gunsten der Kinder denselben Beschränkungen unterworfen sei, wie Hinsichts des ihm als Fiduciarerben angefallenen Nachlasses, daß er also das den Kindern an seinem Nachlasse eingeräumte Erbrecht nicht durch eine Schenkung an den enterbten Verklagten habe schmälern dürfen.

Diese Ansicht erledigt sich durch den Begriff der Erbschaft als der Verlassenschaft eines Verstorbenen — §. 350. Thl. I. Tit. 9. A. L. R., — die erst nach dem Tode des Erblassers den Erben anfiel. — §. 367. ibid. — Damit steht im Widerspruch, daß schon vor seinem Tode die Kinder die Rechte von fideicommissarischen Substituten auf sein Vermögen erlangt haben sollen. Der dafür in Bezug genommene §. 632. Tit. 12. Thl. I. A. L. R. bestimmt in Verbindung mit dem folgenden §. 633. über einen anderen Gegenstand. Es handelt sich darin um die Frage:

ob in einem Erbvertrage die Contrahenten die Erbfolge-Ordnung nicht blos unter sich, sondern auch für ihre Erben und Nachkommen festsetzen können?

Digitized by Google

Soweit das Vermögen von ihnen herrührt, soll diese Frage nach den Vorschriften von Fideicommissen und fideicommissarischen Substitutionen beurtheilt werden. Rücksichtlich des eigenen Vermögens der Nachkommen soll eine fortwährende Successionsordnung nur durch einen Familienschluß errichtet werden können.

Das vorige Urtel war daher in conventione zu bestätigen.

In reconventione verlangt Verklagter den Pflichttheil aus den Verlassenschaften beider Eltern, von denen er um deshalb enterbt ist, weil er seinen Vater einen „schlechten Kerl, schlechten Hund, groben Betrüger" genannt habe.

Der hiergegen erhobene präjudicielle Einwand der Verjährung ist hinfällig. Zwar soll der Enterbte nach §. 440. Thl. II. Tit. 2. A. L. R. die Verfügung der Eltern bei Verlust seines Rechtes dazu, innerhalb zweier Jahre, nachdem er davon Kenntniß erhalten, anfechten. Allein Kläger haben nicht zu behaupten vermocht, daß dem Verklagten der Erbvertrag resp. Nachtrag, publicirt, und Ausfertigung oder Abschrift mitgetheilt, oder sonst seinem vollständigen Inhalte nach bekannt gemacht sei. Es genügt nicht, daß Verklagter durch Gespräche mit den Geschwistern oder auch dem Vater, seine Enterbung Seitens der Eltern erfahren haben soll. Er durfte eine gehörige Bekanntmachung der letztwilligen Verordung selbst, welche die Enterbung festsetzte, erwarten. Ueberdies war seit dem im August 1862 erfolgten Tode des Vaters bei Anstellung der Widerklage im April 1863 noch nicht ein Jahr verflossen.

Zunächst ist streitig, ob die vorgedachte gegen den Vater ausgestoßene Beleidigung die Mutter zur Enterbung des Verklagten berechtigt habe?

Digitized by Google

Die hier Anwendung findende Enterbungsursache ist im §. 403. Thl. II. Tit. 2. A. L. R. dahin bestimmt:

Wenn es (das Kind) die Ehre des Erblassers mit groben Schmähungen angetastet hat.

Der Wortsinn dieser Vorschrift ist völlig deutlich. Da als Enterbungsursache die Schmähung des Erblassers — also des Enterbenden — nicht eines der Eltern bezeichnet wird, so ist dieselbe wegen einer, einem der Eltern zugefügten Schmähung diesem allein, nicht auch dem anderen gegeben. Die den Vater treffende Beleidigung würde daher der Mutter ein Recht zur Enterbung nicht gegeben haben und die obige Frage zu verneinen sein.

Diese Annahme rechtfertigt sich auch durch ein näheres Eingehen auf die Frage.

In den Enterbungsursachen folgt das Landrecht im Allgemeinen dem Römischen Rechte, welches in der Nov. 115. Cap. 3. 14. Ursachen aufstellt, aus welchen Eltern ihre Kinder enterben können, darunter

Nr. 2. Si gravem et indignam contumeliam illis (parentibus) intulerit.

Die Schriftsteller des gemeinen Rechts haben sich häufig mit der Frage beschäftigt:

ob die Beleidigung des einen parens dem anderen eine gültige Enterbungs-Ursache gebe?

Fast einstimmig sprechen sie sich für die verneinende Meinung aus.

Glück Commentar Bd. 7. S. 209. 215.

Mühlenbruch Fortsetzung Bd. 37. S. 171.

Weiske Rechtslexicon Bd. 3. S. 895.

Francke Notherbenrecht S. 405.

v. Buchholtz juristische Abhandlungen S. 144.

v. Vangerow Lehrbuch §. 484. Bd. II. S. 301.

Digitized by Google

Sintenis Pandecten Bd. III. S. 608.

Holzschuher Casuistik Bd. II. Abth. 1. S. 695.

Die entgegengesetzte Ansicht wird von

Pufendorf Tom. II. Observatio 6.

Höpfner Commentar zu den Institutionen §. 478. Nr. 2.

v. Wening-Ingenheim Lehrbuch Bd. 3. S. 492.

gebilligt. — Jene erste Ansicht, deren Autorität an Zahl und Gewicht bei Weitem die überwiegenden sind, wird durch erhebliche Gründe unterstützt. Der Ausdruck in der Novelle besage nur, daß jedem der Eltern das Recht eingeräumt sei, ein Kind, welches ihn beleidigt habe, von seinem Nachlasse auszuschließen. Ihm stehe aber die Enterbungsursache nur zu, wenn er der Beleidigte sei. Die Enterbungsursachen der Novelle beruheten theils auf einer Lieblosigkeit gegen den Erzeuger, theils auf einer verworfenen Gesinnung oder einer, Verachtung nach sich ziehenden Aufführung des Kindes. Zu den ersteren gehörten die 8., 12. und 13., wenn ein parens sich im Gefängnisse befinde und die nächste männliche Descendenz die Uebernahme einer Bürgschaft für ihn verweigere (Nr. 8.), wenn Kinder den wahnsinnig gewordenen Erblasser vernachlässigen und hülflos lassen (Nr. 12.), wenn mehr als achtzehnjährige Descendenten den Erblasser nicht aus feindlicher Gefangenschaft loszukaufen sich beeilten (Nr. 13.). In diesem Falle sei der Ausdruck so gewählt, daß jede Zweideutigkeit wegfalle, nur dieser parens als der zur Enterbung berechtigte bezeichnet. Zu den Fällen der Lieblosigkeit gegen die Person gehöre auch der der Beleidigung Nr. 2.; es sei nur keine besondere Veranlassung gewesen besonders hervorzuheben, daß das lieblose Verfahren gegen den Enterbenden für seine Person eingetreten sein müsse. Das Gesetz bezeichne Enterbungsursache der Kinder als causae ingratitudinis, als causae justae offensionis, das schuldige Kind als einen

Digitized by Google

ingratus. Die Schlußfolgerung, daß die Beleidignng des einen Ehegatten für den anderen eine justa causa offensionis ausmache, sei für die Interpretation und Anwendung der Enterbungsursache nicht zulässig und maaßgebend. Dieselben enthielten Strafbestimmungen und müßten stets in milderem Sinne zu Gunsten des mit dem Nachtheil bedrohten Kindes ausgelegt werden.

Die Materialien geben darüber keinen Aufschluß wie der §. 403. cit. von den Redactoren aufgefaßt ist. Allein der in der allgemeinen Ausdrucksweise liegende Hauptzweifel über die Bedeutung der zweiten Enterbungsursache der Novelle wegen Beleidigungen ist darin gehoben. Die landrechtliche Fassung der Enterbungsursachen in den §§. 399—409. l. c. ist eine verschiedene. Bei einigen ist sie allgemein gehalten, wenn das Kind sich des Hochverraths oder der Majestäts-Beleidigung schuldig gemacht (§. 399.), sich durch grobe Laster, schändliche Aufführung, oder Wahl einer niederträchtigen Lebensart entehrt hat (§. 409.). Bei anderen, Nachstellungen nach dem Leben (§. 400.), fälschliche Anklage vor Gericht wegen grober Verbrechen (§. 401.), Vergreifung mit Thätlichkeiten (§. 402.), wird eine an einen der Eltern verübte That als Enterbungsursache bezeichnet. In noch anderen ist blos von dem Erblasser die Rede, wenn das Kind ihm durch grobe Verbrechen einen beträchtlichen Theil seines Vermögens entzogen (§. 406.), ihm in der Noth Unterstützung versagt (§. 408.), und ebenso §. 407., wenn es seine Ehre mit groben Schmähungen angetastet hat. Es läßt sich kaum bezweifeln, daß im §. 403. der Ausdruck „Erblasser" mit Vorbedacht gewählt sei, um die Zweideutigkeit der zweiten Enterbungsursache in der Novelle zu lösen, und wie in den Fällen §§. 406. 408. l. c. zu erkennen zu geben, daß nur

Digitized by Google

dem parens, der die Kränkung erlitten hat, die Enterbungs-Ursache zustehen soll.

Hierdurch erledigen sich zugleich die Bedenken, die theils aus den Einleitungsworten zu den Enterbungsursachen im §. 399.:

Doch sollen Eltern zur gänzlichen Enterbung eines Kindes berechtigt sein,

theils davon hergenommen sind, daß in dem den Enterbungsgrund wegen Thätlichkeiten enthaltenden §. 402. von „einem der Eltern" die Rede ist.

Mündliche Beleidigungen sind den Thätlichkeiten eines Kindes gegen seine Eltern nicht gleichgestellt, letztere als schwerere Vergehen betrachtet, die, wie nach §. 409. schändliche Aufführung und grobe Laster, ein Enterbungsgrund für beide Eltern sein sollen. Für die Beschränkung auf den beleidigten parens braucht nicht der §. 410. l. c. zu Hülfe genommen zu werden, welcher verordnet, daß die Enterbung nur aus den in den §§. 399—409. angegebenen, nicht aus gleich oder ähnlich scheinenden Ursachen Statt finde. Wenn auch diese Vorschrift nicht genau paßt, so dürfen doch auch nach allgemeinen Grundsätzen, Ausnahmsgesetze, wie die Bestimmungen über Entziehung des Pflichttheils und den Verlust des Erbrechts, nicht über den Sinn hinaus ausgelegt werden, der sich aus der Wortbedeutung ergiebt und durch andere Interpretationsgründe bestätigt wird.

Eine hiervon verschiedene Frage ist,

ob die Beleidigung des einen Ehegatten nicht zugleich eine solche gegen den anderen enthalten hat?

Dies hängt von dem Inhalte und der Beschaffenheit der Injurie ab, ist aber bei den hier ausgestoßenen Schimpfworten gegen den Vater nicht der Fall. Die Behauptung „daß durch eine Schmähung gegen den Vater stets die Mutter mit be-

Digitized by Google

leidigt werde" muß als eine unrichtige bezeichnet werden. Auch kommt es hier nicht auf die Untersuchung an, ob es nicht genüge, wenn der eine parens die dem anderen zugefügte Injurie selbst im Processe zu rügen berechtigt sei. Ein solches Recht war im §. 565. Thl. II. Tit. 20. A. L. R. dem Manne gegeben, stand aber der Frau wegen der Beleidigung ihres Mannes nicht zu. Ebenso wenig paßt hier der §. 404 l. c. Es soll in Betreff der Enterbungsursachen §§. 400—407. keinen Unterschied machen, ob sie von dem Kinde unmittelbar oder durch Anderen zugefügt sind.

Hinsichts des Pflichttheils von dem mütterlichen Nachlasse hat hiernach das erste Erkenntniß, welches denselben dem Verklagten zuerkannt, wiederhergestellt werden müssen.

Die zweite Frage ist:

ob die gerügten Aeußerungen nicht wenigstens dem Vater einen rechtmäßigen Grund zur Enterbung gegeben haben.

was Verklagter ebenfalls bestreitet.

Der §. 407. l. c. erfordert, daß das Kind die Ehre des Erblassers mit groben Schmähungen angetastet hat. In Ermangelung näherer Bestimmungen ist in jedem einzelnen Falle dem richterlichen Ermessen überlassen, ob eine zugefügte Kränkung als eine grobe Schmähung zu achten sei. Daß die Beleidigung eine schwere, im Sinne der landrechtlichen Strafbestimmungen, sein müsse, ist nicht unbedingt nothwendig. Letztere zählen Beleidigungen der Kinder gegen ihre Eltern überhaupt zu den schweren, — §. 580. Thl. II. Tit. 20. — Andrerseits würde im §. 430. l. c. das Prädicat „grobe" zu Schmähungen keinen Sinn haben, wenn darunter jede einfache Ehrverletzung verstanden sein sollte. Dann hat auch das neuere Strafgesetzbuch die landrechtliche Unterscheidung von schweren und leichten Injurien fallen lassen.

Digitized by Google

Die dem Verklagten zur Last gelegten Schmähungen müssen aber zu den groben, auf welche der §. 403. Anwendung findet, gerechnet werden, da sie zugleich einen gröblichen Angriff gegen die Ehrenhaftigkeit des Erblassers enthalten. Ein solcher liegt in dem Vorwurfe eines „Betrügers", aber auch schon in den beiden anderen Schmähungen, welche den Erblasser als schlecht, in einer noch besonders seine Verächtlichkeit ausdrückenden Form bezeichnen.

Der Beweis der Enterbungsursache liegt den Klägern ob. Es ist dafür das unverdächtige Zeugniß der verehelichten P. vorhanden, welche bekundet hat,

Verklagter habe im Sommer 1857, als sie auf der Treppe beschäftigt gewesen, die Stube seiner Eltern verlassen, die Thür nochmals geöffnet, und mehrere Schimpfwörter hineingerufen, von denen ihr nur noch das Wort „schlechter Kerl" erinnerlich sei.

Der erste Richter hat dem Verklagten den Reinigungs-Eid anvertraut; es ist aber vielmehr auf Grund jenes Zeugnisses der Erfüllungseid für Kläger gerechtfertigt, da Verklagter die Schmähung überhaupt in Abrede gestellt, die einwandfreie Zeugin mehrere Schimpfwörter, namentlich die Schmähung „schlechter Kerl" bestätigt, und sich nur der anderen nicht mehr erinnert hat. Das Zeugniß stimmt sonach im Wesentlichen mit den Angaben der Kläger überein, und hat nur in einem Nebenumstande nicht völlige Bestimmtheit. — §. 26. Thl. I. Tit. 13. A. G. O. —

Daß Verklagter de veritate zu schwören vermag, kann hier um so weniger den Ausschlag geben, als wenigstens die eine Mitklägerin Auguste verehelichte B., bei dem Vorfalle gegenwärtig gewesen und daher ebenfalls den Eid de veritate zu leisten im Stande ist.

Auf diesen Erfüllungseid für Kläger, für die Auguste B.

Digitized by Google

de veritate, für die beiden anderen Mitkläger de ignorantia, war zu erkennen, von dessen Leistung oder Nichtleistung die Abweisung des Anspruchs auf den Pflichttheil aus dem väterlichen Nachlasse oder dessen Zuerkennung abhängig zu machen. Es genügt aber, wenn von den drei Schmähungen, die auch einzeln als grobe anzusehen sind, nur die eine durch die Eidesleistung festgestellt wird.

№ 32.

Berechtigung des natürlichen Vaters zur eigenen Verpflegung des unehelichen Kindes.

Ist nach gemeinem Rechte der natürliche Vater eines unehelichen Kindes die Ausantwortung desselben zur eigenen Verpflegung zu verlangen berechtigt, und dauert dieses Recht auch dann noch fort, wenn derselbe zur Zahlung von Alimentengeldern für das Kind, ohne ausdrücklichen Vorbehalt jenes Rechts, rechtskräftig verurtheilt worden ist?

Durch rechtskräftiges Erkenntniß vom 7. Januar 1858 ist der Verklagte D. vom Kreisgericht zu Warendorf verurtheilt worden, der Elisabeth G. zu Erwitte, mit welcher er ein uneheliches Kind erzeugt hatte, an rückständigen Alimenten für das Kind 137 Thlr. 15 Sgr. nebst Zinsen und ferner vom 9. März 1857 an jährlich, bis zum vollendeten vierzehnten Lebensjahre des Kindes, 18 Thlr. zu zahlen. Der Verklagte hat bis zum 6. December 1857 die Alimente be-

Digitized by Google

zahlt, die fernere Zahlung aber verweigert, weil er sich erboten habe, die Alimentation des Kindes selbst zu übernehmen, die Mutter (jetzt verehelichte F.) aber ihm das Kind nicht habe verabfolgen lassen wollen. Dieses hat die Mutter damals als richtig eingeräumt und es ist demgemäß der Verklagte am 23. December 1858 auch nur schuldig erkannt worden, zufolge jenes Judicats noch 1 Thlr. 19 Sgr. der Klägerin zu zahlen, wogegen dieselbe mit dem im Executions-Gesuche vom 7. October 1858 geforderten Mehrbetrage auf den Grund der §§. 622 ff. Thl. II. Tit. 2. A. L. R. abgewiesen wurde.

Neuerdings forderte die Klägerin, in Gemeinschaft mit ihrem Ehemanne, Alimentengelder für die spätere Zeit vom 9. November 1858 bis zum 9. Mai 1862 zum Betrage von 63 Thlr. nebst Zinsen seit Insinuation der Klage. Diese Forderung stützte sie darauf, daß Klägerin bei der Geburt des Kindes in Erwitte, im Herzogthum Westphalen, gewohnt habe, wo, wegen der Suspension der ersten drei Titel des zweiten Theils des Allg. Landrechts, das gemeine Recht in Anwendung komme, welches die Anordnung im §. 622. Thl. II. Tit. 2. A. L. R. nicht kenne, so daß also das Urtel vom 7. Januar 1858, des Erbietens des Verklagten zur Selbstverpflegung des Kindes ungeachtet zu vollstrecken sei.

Der Verklagte berief sich zwar auf das spätere Urtel vom 23. December 1858, durch welches Klägerin bereits mit der Mehrforderung auf den Grund des Allg. Landrechts abgewiesen sei und der erste Richter hielt auch diesen Einwand für durchgreifend; in zweiter Instanz aber wurde dieser Einwand, wegen Verschiedenheit des Streitobjectes, verworfen und die Sache in die erste Instanz zurückgewiesen.

Nunmehr erkannte das Kreisgericht zu Warendorf am

Digitized by Google

18. Februar 1864 abermals auf Abweisung der Kläger mit ihrer Klage, weil der §. 622. Thl. II. Tit. 2. A. L. R. nichts Abweichendes vom gemeinen Rechte angeordnet habe und auch nach gemeinem Rechte und nach der Natur der Alimentationspflicht des Vaters demselben die eigene Verpflegung des Kindes, statt der Zahlung von Alimenten, nicht versagt werden könne.

Auf die Appellation der Kläger hat das Appellations-Gericht zu Münster am 30. Juni 1864 dieses Urtel bestätigt und die hiergegen von den Klägern erhobene Nichtigkeits-Beschwerde ist vom ersten Senate des Ober-Tribunals am 6. Februar 1865 zurückgewiesen worden.

Gründe.

Der vorige Richter hat angenommen, daß auch nach dem hier, zufolge §. 4. des Publications-Patents vom 21. Juni 1825 (Ges.-Samml. S 153.) ausschließlich zur Anwendung kommenden gemeinen Rechte der Vater des unehelichen Kindes dessen Ausantwortung zur eigenen Pflege verlangen könne. Denn nach gemeinem Rechte sei der Vater vor der Mutter verpflichtet, seinem unehelichen Kinde die natürlichen Alimente zu geben. Aus der Natur dieser Pflicht folge aber mit Nothwendigkeit, daß der Vater die Alimente nicht in baarem Gelde herzugeben brauche, damit die Natural-Verpflegung von der Mutter dafür bewirkt werde, vielmehr könne er auch selbst das Kind naturaliter verpflegen, oder durch eine andere Person als die Mutter verpflegen lassen. Er sei daher auch berechtigt, die Ausantwortung des Kindes zur eigenen Verpflegung zu verlangen. Letzteres müsse man um so mehr annehmen, als im gemeinen Rechte keine Bestimmung existire, welche die Ausantwortung des Kindes an den unehelichen Vater verbiete, und es sei auch in der gemeinrechtlichen Praxis hiernach verfahren, wie aus der Anmerkung des Re-

Digitized by Google

visprs. zu den §§. 621—624. Thl. II. Tit. 2. des A. L. R. und aus Struck, usus modernus Lib. 48. Tit. 5. §. 27. hervorgehe.

Die Implorantin beschuldigen den Appellations-Richter einer Verletzung der l. 24. D. de statu hominum (1. 5.), und des Rechtsgrundsatzes:

> Der natürliche Vater eines unehelichen Kindes ist nicht berechtigt, nach seinem freien Ermessen das natürliche Kind zur Selbstverpflegung zu verlangen und dadurch sich von der Alimentations-Verbindlichkeit zu befreien.

Denn es müßten dem Vater besondere Gründe zur Seite stehen z. B. körperliche Gebrechen oder Geistesschwäche, unsittlicher Lebenswandel der Mutter u. s. w., um diese Selbstverpflegung verlangen zu können, wie von einigen Rechtslehrern (cfr. v. Holzschuher Casuistik Bd. I. S. 437.) mit Grund behauptet werde.

Dieser Angriff erscheint jedoch nicht gerechtfertigt. Die l. 24. D. I. 5., lautend:

> Lex naturae haec est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur, nisi lex specialis aliud inducit,

spricht nach ihrem Zusammenhange nur von dem staatsbürgerlichen Verhältniß (Gett, die Rechtsverhältnisse aus der außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft §. 1.). Auch würde, wollte man dieser Stelle eine allgemeine Bedeutung beilegen, dadurch für die hier in Rede stehende Frage nichts entschieden, da die Alimentationspflicht des natürlichen Vaters in Betreff der unehelichen Kinder dem römischen Rechte fremd war und auch erst in Betreff der Concubinen-Kinder durch die Novelle 89. cap. 12. §. 4. angeordnet wurde.

Diese Alimentationspflicht des unehelichen Vaters beruhet überhaupt nur auf dem Gerichtsgebrauch, der die dies-

Digitized by Google

fälligen Vorschriften in Betreff der Concubinen-Kinder (naturales) auf die unehelichen Kinder überhaupt ausgedehnt hat.

Hiernach hat der uneheliche Vater zunächst, die Mutter aber nur subsidiarisch die Verbindlichkeit, für die Alimentation des Kindes zu sorgen, eine Verbindlichkeit, welcher er eben sowohl durch die eigene Natural-Verpflegung, als dadurch nachkommt, daß er dieselbe der Mutter gegen die Vergütung in Gelde überläßt. Die Mutter hat daher kein Recht, zu verlangen, daß er ihr diese Verpflegung gegen Geldvergütung überlasse, und der von ihm vorgezogenen eigenen Verpflegung zu widersprechen. Seine Befugniß, die Alimentation des Kindes durch eigene Naturalverpflegung zu bewirken, ist rechtlich nicht durch den Nachweis bedingt, daß der Verpflegung bei der Mutter die gedachten persönlichen Mängel im Wege stehen, da eben der Mutter kein Recht auf diese Verpflegung bei ihr zur Seite steht.

Gerade umgekehrt würde, wenn man auf die bessere Erhaltung und Erziehung des Kindes bei der Mutter, das entscheidende Gewicht legen und deshalb den Vater in der Wahl der eigenen Verpflegung beschränken könnte, was sich bei der, hier nicht in Frage stehenden ersten Pflege des Säuglings von selbst ergiebt, eine solche Beschränkung und darin enthaltene Erschwerung der Alimentationspflicht des unehelichen Vaters doch immer das Vorhandensein solcher Umstände voraussetzen, welche die eigene Verpflegung durch den Vater als unstatthaft darstellen, und hierüber würde immer nicht die Mutter, sondern nur die vormundschaftliche Behörde zu entscheiden haben. Der Gerichtsgebrauch, welcher sich für die Befugniß des unehelichen Vaters zur eigenen Verpflegung des Kindes ausgesprochen hat und für den sich auch die bewährtesten Stimmen erklärt haben (cfr. v. Holzschuher a. a. O.

Digitized by Google

Gett a. a. O. §. 36.) hat daher gewichtige innere Gründe für sich.

Der Appellations-Richter hat ferner angenommen, daß dem Verklagten das Recht, sein uneheliches Kind selbst zu verpflegen durch das Erkenntniß vom 7. Januar 1858 nicht entzogen worden. Denn wenn gleich er nach demselben verurtheilt sei, Alimente zu zahlen, so könne doch daraus keineswegs, wie Seitens der Kläger geschehe, gefolgert werden, daß er deshalb nicht berechtigt sei, das Kind selbst zu verpflegen. Letzteres wäre nur alsdann der Fall, wenn in dem Erkenntnisse dem Verklagten ausdrücklich das Recht der eigenen Verpflegung — was aber nicht geschehen sei — abgesprochen worden wäre.

Die Imploranten behaupten, daß der Appellations-Richter hierdurch die Grundsätze von der res judicata (§§. 65. und 66. der Einl. zur A. G. O.) verletzt habe, da der Verklagte zur Zahlung von Alimenten durch jenes Erkenntniß rechtskräftig verurtheilt und ein Vorbehalt, durch Uebernahme des Kindes zur eigenen Erziehung sich von der Alimentenzahlung zu befreien, zu seinen Gunsten nicht gemacht sei. Sie nehmen auch hier Bezug auf v. Holzschuher Bd. I. S. 437., welcher im Gegensatze zu Glück und Busch sich für die stricte Befolgung des Judicats, in Uebereinstimmung mit Elvers und Heerwarth erkläre.

Auch dieser Angriff kann jedoch für gerechtfertigt nicht erachtet werden.

Allerdings ist die Frage, über welche der vorige Richter sich ausgesprochen hat, controvers. Erwägt man aber, daß dem unehelichen Vater das fragliche Recht vermöge seiner alternativen Alimentations-Befugniß zusteht, und daß in der Zahlung der Alimente ein Verzicht auf dieses Recht nicht enthalten ist, in dem Sinne etwa, daß er von der einmal

Digitized by Google

getroffenen Wahl nicht wieder abgehen könnte, so kann auch der Verurtheilung zur Zahlung der Alimente als solcher nicht schon von selbst die Wirkung beigelegt werden, daß ihm jenes, sich vielmehr von selbst verstehende Recht aberkannt wäre.

Jedenfalls kann aber, eben weil über diese Frage in dem Judicat vom 7. Januar 1858 nicht ausdrücklich erkannt ist, den vorigen Richter, der dieser Rechtsansicht gefolgt ist, nicht der Vorwurf treffen, daß er die Grundsätze von der res judicata verletzt habe.

№ 33.

Verkaufs-Commission.

Ist, wenn ein Commissionair von der Befugniß Gebrauch macht, die ihm zum Verkaufe übergebene Waare als Selbstkäufer zu behalten, als Zeitpunkt des Eintrittes seiner hieraus folgenden Verbindlichkeit der Tag anzusehen, an welchem er den Committenten die — nicht zu verzögernde — Nachricht von der Uebernahme der Waare für eigene Rechnung gegeben hat?

Allg. Deutsches Handels-Gesetz-Buch Art. 361. 376. 377.

Der Bauunternehmer B., welcher dem Bankhause A. S. und Söhne, zu Münster, Inhalts der von diesem ausgestellten Bescheinigung vom 27. December 1861 die darin verzeichneten Werthpapiere zur Sicherheit wegen empfangener Vorschüsse übergeben hatte, ersuchte das genannte Bankhaus am 27. März 1862, diese Werthpapiere, soweit es zur Deckung der Vorschüsse erforderlich, durch ein Bankhaus in

Digitized by Google

Berlin verkaufen zu lassen. Zu diesen Werthpapieren gehörten, unter anderen, Bergisch-Märkische Stamm-Actien im Nominalbetrage von 7000 Thlr. Ein Theil derselben, im Nominalbetrage von 1400 Thlr. wurde in Folge der dem Bankhause A. S. und Söhne ertheilten Verkaufs-Ordre am 28. März 1862 in Berlin zum Course von 107½ Procent verkauft, während das Bankhaus A. S. und Söhne den übrigen Theil im Nominalbetrage von 5600 Thlr. als Selbstkäufer behielt und dem Bauunternehmer B. in der demselben mittelst Schreibens vom 31. März 1862 zugestellten Berechnung sowohl den in Berlin verkauften, als auch den selbst behaltenen Theil zum Course von 107½ Procent berechnete. Unstreitig ist, daß der Cours der Bergisch-Märkischen Stamm-Actien am 27. und 28. März 1862 107½ Procent, am 29. März 1862, dagegen 112½ Procent betrug. Der Bauunternehmer B., mit der zugelegten Berechnung bezüglich der Bergisch-Märkischen Stamm-Actien im Nominalbetrage von 5600 Thlr. à 107½ Procent unzufrieden, war der Ansicht, daß bei Anwendbarkeit des Art. 376. des Allg. D. H. G. Buchs das Bankhaus A. S. und Söhne nicht berechtigt sei, ihm die selbst behaltenen Actien zu dem am 27. und 28. März 1862 stehenden Course zu 107½ Procent, sondern nur zu dem am 31. März 1862, dem Tage der ihm gewordenen Verkaufs-Nachricht, stehenden Course von 111½ Procent gut zu schreiben. Er beantragte deshalb, die Berechnung vom 31. März 1862, resp. die darin enthaltenen Ansprüche bezüglich des gedachten Postens, für nicht begründet und das Bankhaus A. S. und Söhne für nicht berechtigt zu erklären, die Bergisch-Märkischen Eisenbahn-Actien à 5600 Thlr. zum Course von 107½ Procent, sondern nur zum Course von 111½ Procent zu übernehmen.

Die Verklagten widersprachen dem Antrage. Mit Bezug

Digitized by Google

darauf, daß sie nach der Bestimmung des Allg. D. H. G. Buchs befugt gewesen seien, als Selbstkäufer zum Course am Stichtage einzutreten, machten sie geltend, daß sie von dieser Befugniß bei Absendung der gedachten Actien im Nominalbetrage von 1400 Thlr. in Bezug auf die übrigen im Nominalbetrage von 5600 Thlr. Gebrauch gemacht hätten, und daß nur derjenige Tag, an welchem bei pünktlicher Ausführung der erhaltenen Verkaufs-Commission die Verkaufs-Ordre habe ausgeführt werden müssen, und ausgeführt worden sei, also der 28. März 1862, nicht aber derjenige Tag, an welchem der Kläger die Benachrichtigung und Berechnung empfangen, mithin nicht der 31. März 1862 der Stichtag gewesen, und daß demnach der Cours des 28. März 1862 zu 107½ Procent maaßgebend sei. Vor dem 31. März sei eine Benachrichtigung des am 28. März effectuirten Verkaufs nicht angänglich gewesen, weil ihnen erst am 29. März die Nachricht des Verkaufs von Berlin zugegangen; der Abschluß der Berechnung Zeit verlangte, und am 30. März ein Sonntag gewesen sei.

Ohne Beweisaufnahme wurden jedoch die Verklagten bezüglich des die Bergisch-Märkischen Actien im Nominalbetrage von 5600 Thlr. betreffenden ersten Postens der Berechnung durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Münster vom 18. März 1863 und des dortigen Appellations-Gerichts vom 30. April 1864 nach dem Klageantrage verurtheilt.

Die von ihnen dagegen erhobene Nichtigkeits-Beschwerde ist durch das Erkenntniß des vierten Senats des Ober-Tribunals vom 11. Mai 1865 zurückgewiesen worden, aus folgenden

Gründen.

Die Rüge der Verletzung der Art. 278. 361. 376. und 377. des Allg. Deutschen Handels-Gesetz-Buchs ist für

Digitized by Google

begründet nicht zu erachten. Bei Beurtheilung dieser Rüge ist von der unangefochtenen Grundlage des Appellations-Richters auszugehen, daß bezüglich der in Rede stehenden Bergisch-Märkischen Actien im Nominalbetrage von 7000 Thlr. eine den Verklagten von dem Kläger am 27. März 1862 ertheilte Verkaufs-Commission mit beabsichtigter Erzielung des Courses der Berliner Börse vorliegt, welche bezüglich des einen Theils der Actien im Nominalbetrage von 1400 Thlr. durch den am 28. März 1862 an der Berliner Börse zum Course von 107½ Procent effectuirten Verkauf, bezüglich des anderen Theils dagegen im Nominal-Betrage von 5600 Thlr. durch den dem Kläger erst mittelst Schreibens vom 31. März 1862 bekannt gemachten Selbstankauf Seitens der Verklagten ausgeführt worden ist, einen Selbstankauf, zu welchem die Verklagten nach Art. 376. l. c. lautend:

> Bei der Commission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, ist der Commissionair, wenn der Committent nicht ein Anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten. In diesem Falle ist die Pflicht des Commissionairs, Rechenschaft über die Abschließung des Kaufs oder Verkaufs zu geben, auf den Nachweis beschränkt, daß bei dem berechneten Preise der Börsenpreis oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrages eingehalten ist. Er ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt und kann die bei Commissionsgeschäften sonst regelmäßig vorkommenden Unkosten berechnen. Macht der Commissionair nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrages eine andere Person als Käufer oder Verkäufer nahmhaft, so ist

Digitized by Google

der Committent befugt, den Commissionair selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen,

befugt gewesen. Nach dieser unangefochtenen Grundlage des Appellations-Richters ist somit, bezüglich des zuletzt gedachten Theiles der Bergisch-Märkschen Actien, im Nominalbetrage von 5600 Thlr. die ertheilte Verkaufs-Commission durch einen Selbstkauf Seitens der Verklagten, als Commissionaire, ausgeführt und damit in ein sogenanntes Propregeschäft übergegangen, resp. umgewandelt, bei welchem es sich für die Nichtigkeits-Beschwerde nur um die Frage handelt, nach welchem Tagescourse der Berliner Börse der von den Verklagten, als Selbstkäufern, zu prästirende Kaufpreis zu bemessen ist, ob also, wie die Verklagten behaupten, der Cours desjenigen Tages, an welchem der eine Theil der Actien im Nominalbetrage von 1400 Thlr., für Rechnung des Klägers, an der Berliner Börse an Dritte verkauft worden ist, mithin der Cours des 28. März 1862 zu 107½ Procent, oder, wie Kläger behauptet, der Cours desjenigen Tages zu berechnen ist, an welchem die Verklagten dem Kläger die Anzeige der Ausführung der erhaltenen Verkaufs-Commission durch Selbstenkauf, mit Uebersendung der Rechnung machten, mithin der in thatsächlicher Beziehung nicht bemängelte Cours des 31. März 1862 zu 111½ Procent.

Bei Erörterung dieser Frage ist vorauszuschicken, daß sich in den Verabredungen der Contrahenten, soweit sie von dem Appellations-Richter festgestellt sind, ein bestimmt und unzweideutig ausgedrückter Anhalt, weder für den 28., noch für den 31. März findet, und daß auch der Appellations-Richter die Beantwortung der Frage nicht aus solchen concreten Verabredungen geschöpft hat. Die dem kaufmännischen Commissionair in den Grenzen des Art. 376. ertheilte Befugniß, das ihm aufgetragene Geschäft für eigene Rechnung

Digitized by Google

übernehmen zu dürfen, enthält eine, von der bisherigen preußischen Gesetzgebung und deren in der Rechtsprechung des Ober-Tribunals gewordenen Auffassung abweichende Sanktion, welche einestheils durch die Würdigung der thatsächlich bestehenden Bedeutung des Commissionshandels insofern hervorgerufen ist, als sich dieser Zweig des Handels im Laufe der Zeit zu einem früher unbekannten Umfange ausgedehnt, und mit dem Propregeschäfte so eng verbunden hat, daß eine Festhaltung des bloßen Vollmachtsverhältnisses unvereinbar erschien, und die anderen Theils durch die dem Commissionair gewährte Möglichkeit, mit dem Commissionsgute für sich zu speculiren, Gefahren für den Committenten herbeiführt, deren Begrenzung, so weit dies thunlich, Aufgabe des Gesetzes sein mußte. Zieht man, im Hinblick hierauf, die dem Commissionair im Art. 376. ertheilte, und auf die Commission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waaren, Wechseln und Werthpapieren, welche einen Börsenpreis oder Marktpreis haben, beschränkte Befugniß, das ihm aufgetragene Geschäft als Selbstcontrahent zu übernehmen, in näheren Betracht: so führt zunächst die Erwägung der Natur der Sache und der allgemeinen Vertragstheorie, von welcher die in ein Propregeschäft übergehende Commission nicht losgetrennt werden kann und darf, zu dem Ergebnisse: daß zugleich mit der ertheilten Commission eine dem Commissionair vom Committenten gemachte eventuelle Offerte zur Eingehung eines Propregeschäfts, nach Maaßgabe des stehenden Börsen- oder Marktpreises, verbunden zu denken ist, und daß, so wie jedes Vertragsverhältniß nur durch wechselseitige Einwilligung zu Stande kommt, das Propregeschäft als solches sich aus der ertheilten Commission nur durch die Acceptation jener Offerte Seitens des Commissionairs entwickelt. Nun aber ist die bloße Fassung des Entschlusses Seitens des Commissionairs,

Digitized by Google

die Waare für sich zu behalten, oder aus seinem Lager abzulassen, als ein reines Internum noch keine Acceptation der in der ertheilten Commission zugleich liegenden eventuellen Offerte des Committenten; zu einer Acceptation wird der innere Entschluß erst dann, wenn er dem Committenten gegenüber manifestirt ist; erst mit dieser Manifestation wird die auf das Propregeschäft fixirte Einwilligung beider Theile hergestellt, folglich erst mit der dem Committenten gemachten Anzeige des Verkaufs-Commissionairs: die committirte Waare selbst kaufen zu wollen, oder gekauft zu haben, das nun die ertheilte Verkaufs-Commission abstreifende Propregeschäft rechtlich zu einem perfecten Rechtsverhältnisse erhoben, bei welchem der Kaufpreis, kraft des Gesetzes und der zu subintelligirenden Intention der Contrahenten, der in sich bestimmte und bestimmbare Börsen- oder Marktpreis ist. Datirt nun die rechtliche Perfection des Propregeschäfts erst von dem Momente, in welchem der Commissionair seinen Entschluß dem Committenten manifestirt, also erst von dem Tage, an welchem er die Uebernahme des aufgetragenen Geschäfts für eigene Rechnung dem Letzteren angezeigt hat, kann mithin für die Entwickelung und die Existenzfrage des Propregeschäfts die Zeit bis zu diesem Momente, resp. Tage, rechtlich nicht in Betracht kommen, und fehlt es an der Fixirung irgend eines anderen Tages: so bleibt zur concreten Specialisirung des Börsen- oder Marktpreises, als Kaufpreises, wenn nicht willkührliche Annahmen Platz greifen sollen, kein anderer Tagescours übrig, als derjenige, welcher für den Tag der rechtlichen Perfection des Propregeschäfts, also für den Tag der, die Acceptation der Offerte manifestirenden Anzeige des Commissionairs von der Uebernahme des aufgetragenen Geschäfts für eigene Rechnung ermittelt ist.

Dieses schon aus einer allgemeinen Betrachtung der

Digitized by Google

Sache gewonnene Resultat, welches jeden Falles das Speculiren des Commissionairs auf das Steigen und Fallen der Course, in der Zwischenzeit zwischen der Ertheilung der Commission und deren Ausführung durch ein Propregeschäft, minder gefährlich erscheinen läßt und allein geeignet ist, überhaupt einen festen Zeitpunkt für den Eintritt der eigenen Verbindlichkeit des Commissionairs und damit eine feste Grundlage für den zu liefernden Rechnungsnachweis herbeizuführen, wird nun aber auch durch die positiven Bestimmungen des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches bestätigt.

In dieser Beziehung ist zunächst von Bedeutung, daß nach dem 2. Alinea des Art. 376. die Pflicht des, das committirte Geschäft für eigene Rechnung übernehmenden Commissionairs, auf den Nachweis beschränkt ist, daß bei dem berechneten Preise der Börsenpreis oder Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrages eingehalten ist. Sollen die Worte „zur Zeit der Ausführung des Auftrages" einen Sinn haben, so kann es nur der sein, daß darunter die Zeit verstanden wird, zu welcher der Commissionair dem Committenten gegenüber die Anzeige von der Ausführung des Auftrages durch Uebernahme des aufgetragenen Geschäfts für eigene Rechnung abgiebt, so daß also für das ganze Verhältniß und den von dem Commissionair zu liefernden Rechnungsnachweis nur der Tag der abgegebenen Anzeige der allein entscheidende ist, und zwar um so gewisser, als der Commissionair nach Art. 361. verpflichtet ist, dem Committenten die erforderlichen Nachrichten zu geben, insbesondere sofort nach der Ausführung des Auftrages davon Anzeige zu machen, über das Geschäft Rechenschaft zu geben und dasjenige zu leisten, was der Committent aus dem Geschäfte zu fordern hat, als somit jene Anzeige zu der im 2. Alinea des

Digitized by Google

Art. 376. schlechthin erwähnten „Ausführung des Geschäfts nothwendig gehört."

Jenes, schon aus der allgemeinen Betrachtung der Sache gewonnene Resultat, tritt sodann unverkennbar in dem Alinea 3. des Art. 376, und dem Art. 377. hervor; denn in sofern jenes bestimmt, daß, wenn der Commissionair nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrages eine andere Person als Käufer oder Verkäufer namhaft macht, der Committent befugt ist, den Commissionair selbst als Käufer oder Verkäufer in Anspruch zu nehmen, und insofern dieser anordnet, daß, wenn der Committent den Auftrag widerruft und der Widerruf bei dem Commissionair eintrifft, bevor die Anzeige von der Ausführung des Auftrages Behufs ihrer Absendung abgegeben ist, der Commissionair sich der Befugniß, selbst als Käufer oder Verkäufer einzutreten, nicht mehr bedienen kann; wird eben die Anzeige des Commissionairs und ihr Tag als das, das Propregeschäft nach Inhalt und Zeit definitiv fixirende Moment, mithin auch für die Bestimmung des Börsen- oder Marktpreises, als Kaufpreises, als allein entscheidend prädicirt.

Beide Bestimmungen stellten sich eben nur als Consequenzen der hier entwickelten Auffassung dar.

Mag man über die Benutzung der legislativen Vorarbeiten des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches und der Protocolle der Nürnberger Conferenz, bei Auslegung des Gesetzes im Uebrigen denken, wie man will, jedenfalls sind sie dann nicht außer Betracht zu lassen, wenn sich für die aus dem Gesetze selbst gewonnene Auffassung ein sicherer Anhalt in ihnen findet. Und auch dies trifft im vorliegenden Falle zu.

Der von einer Commission von Sachverständigen be-

Digitized by Google

rathene preußische Entwurf eines Handelsgesetzbuches aus dem Jahre 1856 enthielt im §. 304. die Bestimmung:

Der Commissionair ist befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten. Macht er von dieser Befugniß Gebrauch, so muß er dies dem Committenten sofort anzeigen, widrigen Falles er der Provision, selbst wenn sie schon bezahlt ist, verlustig wird, unbeschadet aller anderen Ansprüche des Committenten aus einem vertragswidrigen Verhalten des Commissionairs.

Diese Bestimmung fand in der Commission der Sachverständigen Widerspruch. Inhalts des Protocolles vom 13. November 1856 erlangte ein dahin formulirter Vorschlag:

Der Commissionair ist befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten, wenn der Committent nicht etwas Anderes bestimmt hat. Jedoch steht diese Befugniß dem Commissionair nur in dem Falle, wenn der Auftrag den Einkauf oder Verkauf von Waaren zum Gegenstande hat, welche einen Börsencours oder Marktpreis haben, und nur unter der Bedingung zu, daß er bei der Berechnung des Einkaufs- oder Verkaufspreises den Börsencours oder Marktpreis einhält und auf Erfordern nachweist,

die Majorität; dem dagegen unter Anderem erhobenen Bedenken, daß der Zeitpunkt nicht bezeichnet sei, in welchem der Commissionair verpflichtet sei, dem Committentent gegenüber rechtzeitig festzustellen, ob er das Geschäft selbst mache, oder mit einem Dritten abgeschlossen habe, wurde schließlich durch die Erklärung begegnet, daß der Zeitpunkt für den Eintritt der eigenen Verbindlichkeit des Commissionairs sich ein-

Digitized by Google

fach aus der jederzeit erfolgenden Anzeige von der geschehenen Ausführung des Auftrages ohne gleichzeitige Benennung des dritten Contrahenten ergebe.

Dem von der Majorität der Sachverständigen formulirten Vorschlage, und insbesondere dieser zuletzt gedachten Erklärung, wurde in dem Entwurfe eines Handelsgesetzbuches de 1857, demselben, welcher die Grundlage für die Berathungen der Nürnberger Conferenz gebildet hat, Rechnung getragen, indem dort in §. 294. bestimmt wurde:

Bei der Commission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waaren, welche am Orte des Commissionairs einen Börsencours oder einen amtlich festgestellten Marktpreis haben, ist der Commissionair, wenn der Committent nicht ein Anderes bestimmt hat, befugt, das Gut, welches er einkaufen soll, selbst als Verkäufer zu liefern, oder das Gut, welches er zu verkaufen beauftragt ist, als Käufer für sich zu behalten.

Es wird angenommen, daß der Commissionair von dieser Befugniß Gebrauch gemacht hat, wenn er nicht zugleich mit der Anzeige über die Ausführung des Auftrages eine andere Person als den Käufer oder Verkäufer nahmhaft macht.

In diesem Falle ist die Pflicht des Commissionairs, Rechenschaft zu geben, insoweit dies die Abschließung des Kaufs oder Verkaufes betrifft, auf den Nachweis beschränkt, daß bei dem berechneten Preise der Börsencours oder der Marktpreis zur Zeit der Ausführung des Auftrages eingehalten ist. Der Commissionair hat zugleich die Rechte und Pflichten des Käufers oder Verkäufers; er ist zu der gewöhnlichen Provision berechtigt.

Wenn der Committent den Auftrag widerruft und der Widerruf bei dem Commissionair eintrifft, bevor die An-

Digitized by Google

zeige von der Ausführung des Auftrages abgegangen ist, so kann sich der Commissionair der Befugniß, selbst zu kaufen oder zu verkaufen, nicht mehr bedienen.

Bei Begründung dieser Bestimmung wird in den Motiven Seite 162—163. ausdrücklich hervorgehoben:

darüber, ob der Commissionair von der ihm beigelegten Befugniß Gebrauch gemacht habe, muß der Commissionair schon nach Art. 278. des Entwurfes — im Wesentlichen mit dem Art. 361. des zum Gesetz erhobenen Handelsgesetz-Buches übereinstimmend — dem Committenten Anzeige machen. — Aus der Anzeige über die Ausführung des Geschäfts ergiebt sich zugleich der Zeitpunkt für den Eintritt der eigenen Verbindlichkeit des Commissionairs und damit die Grundlage für den zu liefernden Rechnungsnachweis. Will der Committent die Wahl des Zeitpunktes der Abschließung des Geschäfts nicht dem Commissionair überlassen, so steht es ihm frei, demselben hierüber besondere Anweisung zu ertheilen. Diese Befugniß, von welcher bei den im Entwurfe bezeichneten Commissionen sehr häufig Gebrauch gemacht wird, gewährt dem Committenten ein ausreichendes Mittel, sich gegen etwanige Speculationen des Commissionairs auf Preisänderungen zu sichern, welche derselbe zum Nachtheil des Committenten für sich ausbeuten könnte. Uebrigens muß, da zwischen dem Committenten und dem Commissionair lediglich ein Auftrag vorhanden ist, so lange nicht der eigene Eintritt des Letzteren als Käufer oder Verkäufer aus der Anzeige über die Ausführung des Geschäfts constirt, dem Committenten auch das Recht zustehen, die ertheilte Commission frei zu widerrufen, sofern der Widerruf bei dem Commissionair eintrifft, bevor die Anzeige von der Ausführung des Auftrages abgegangen ist.

Digitized by Google

Diese Motivirung der gedachten Bestimmung des Preußischen Entwurfes macht die Zeit der Anzeige des Commissionairs über die Ausführung des Geschäfts bestimmt und klar als den Zeitpunkt der Perfection des Propregeschäfts und damit als die Grundlage für die Bemessung des den Kaufpreis darstellenden Börsen- oder Marktpreises erkennbar, so daß es nach dem Preußischen Entwurfe nicht zweifelhaft sein kann, daß der am Tage der Anzeige stehende Börsen- oder Marktpreis der entscheidende sein sollte.

Ist nun auch der Art. 294. des Preußischen Entwurfes, wie sich aus seiner Vergleichung mit den jetzt zum Gesetz erhobenen Artikeln 376. und 377. des Handelsgesetzbuches ergiebt, in einigen Beziehungen, in Folge der Berathungen der Nürnberger Conferenz verändert, ist namentlich das zweite Alinea des Art. 294. ganz gestrichen worden, so sind doch alle diese Veränderungen nicht der Art, daß angenommen werden könnte, es habe sich bezüglich des hier in Rede stehenden Zeitpunktes der Perfection des Propregeschäfts und der Bemessung des Kaufpreises, eine von dem Preußischen Entwurfe und dessen Motiven abweichende Auffassung Geltung verschafft.

Auch die Nürnberger Protocolle erster und zweiter Lesung vom 6. Juni 1857 und 8. Juni ejd. (Nr. LXXXI., LXXXII. S. 731. ff.), vom 12. und 14. December ejd. (CXLVI., CXLVII. S. 1209. ff.), enthalten in dieser Beziehung keine Bemängelung oder Anfechtung des Preußischen Entwurfes; ja die Berathung des vierten Alinea des Art. 294. bei erster Lesung (S. 742.) läßt erkennen, daß man sich der Nothwendigkeit der Anzeige auch nach der hier in Rede stehenden Richtung, um, wie es dort heißt, „durch ein äußeres Zeichen den Committenten sicher zu stellen und auch das Interesse des Commissionairs zu wahren" wohl bewußt ge-

Digitized by Google

wesen ist, während bei der dritten Lesung die jetzigen Art. 376. und 377. nicht wieder Gegenstand der Discussion gewesen sind.

Sonach führen sowohl die allgemeine Betrachtung der Sache, als auch der Inhalt der Art. 361., 376. und 377. des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetz-Buches und deren Entstehungsgeschichte zu einer der angefochtenen Entscheidung entsprechenden Beantwortung der obigen, unter den Parteien streitigen Frage.

Wenn die Nichtigkeits-Beschwerde dagegen geltend macht, daß es inconsequent sei und gegen die allegirten Gesetze verstoße, wenn die von den Verklagten für eigene Rechnung behaltenen Actien bezüglich des Preises anders behandelt würden, als derjenige Theil, welcher am 28. März 1862 an der Berliner Börse wirklich verkauft worden sei; so ist darauf zu erwiedern, daß sich in Folge des Entschlusses der Verklagten, einen Theil der Actien für eigene Rechnung zu behalten, neben der für den anderen Theil stehen gebliebenen und an der Berliner Börse ausgeführten Verkaufs-Commission, ein Propregeschäft entwickelte, welches seinen eigenen, von der Verkaufs-Commission in den beregten Beziehungen verschiedenen Regeln zu folgen hat, und daß es Sache der Verklagten war, wenn sie den Kläger bezüglich der für eigene Rechnung übernommenen Actien an den Cours des 28. März binden wollten, ihm diesen ihren Entschluß schon am 28. März bekannt zu machen, um so mehr, als sie von der Ansicht ausgingen, das ihnen am 27. März aufgetragene Geschäft auch sofort ausführen zu müssen.

Die ganze Deduction der Nichtigkeits-Beschwerde geht von der Unterstellung aus, daß der Entschluß der Verklagten, das aufgetragene Geschäft für eigene Rechnung zu übernehmen, schon für den 28. März rechtliche Wirksamkeit erlangt

Digitized by Google

habe; es ist dabei aber außer Betracht gelassen, daß der Entschluß des Verkaufs-Commissionairs, für eigene Rechnung zu kaufen, so lange er nicht dem anderen Theile in geeigneter Weise manifestirt ist, als bloßes Internum rechtlich keinen Anhaltspunkt zur Construirung des Vertrags-Verhältnisses abgeben kann.

Nach diesem Allen erscheint die angefochtene Entscheidung gerechtfertigt und ist die Nichtigkeits-Beschwerde zurückzuweisen.

№ 34.

Verjährung der Ansprüche des Commissionairs.

Findet die, im Gesetze vom 31. März 1838 vorgeschriebene vierjährige Verjährung, Anwendung auf die von einem kaufmännischen Commissionair zu beziehende Provision und gemachte Auslagen?

Gesetz über kürzere Verjährungsfristen vom 31. März 1838. §. 2. Nr. 2. (Gesetzs. S. 249.)

Die Kaufleute A... zu Berlin, welche unter der Firma: Gebrüder A... Handelsgeschäfte treiben und insbesondere Commissions-Geschäfte, wollen in den Jahren 1856 und 1857 im Auftrage und für Rechnung des Verklagten R. zu verschiedenen Malen Quantitäten Spiritus an der Berliner Börse, nach deren Usancen und Schlußschein-Bestimmungen, auf Lieferung gekauft, zum Theil abgenommen, einige Parthieen auch wieder verkauft haben und zwar zum Theil, im Auftrage des Verklagten R., zum Theil, weil dieser, als den Klägern A. der gekaufte Spiritus zur Abnahme gekündigt worden, dieselben ohne Disposition gelassen.

Digitized by Google

Die Gebrüder A. berechnen von den Ankäufen und Verkäufen sich Provision, stellen bei letzteren die ausgelegte Courtage in Rechnung und ferner einen Betrag von 236 Thlr. 21 Sgr., welche sie als die Differenz haben zahlen müssen, weil beim Verkaufe des Spiritus so viel weniger herausgekommen sei, als derselbe beim Einkaufe gekostet habe.

Nach der aufgestellten Rechnung machen die Gebrüder A... an den Verklagten R... eine Forderung für Provision, gezahlte Differenzsumme ꝛc. von 1168 Thlr. 9 Sgr. 6 Pf., welche sie im Jahre 1862/63 gegen denselben eingeklagt haben.

Der Verklagte R. .., welcher den eingeklagten Anspruch bestreitet, setzt aber vorzugsweise demselben den Einwand der vierjährigen Verjährung, auf Grund des §. 2. Nr. 2. des Gesetzes vom 31. März 1838, entgegen, da in gedachter Zeit die Gebühren- und Auslageforderungen derjenigen, welche für Andere Aufträge gewerbsmäßig übernommen haben, verjähren.

Dieser Einwand ist von dem Richter erster Instanz, dem Kreisgericht zu Wolmirstedt, sowie auch vom Civil-Senat des Appellations-Gerichts zu Magdeburg, für begründet erachtet und die Kläger sind mit ihrer Forderung abgewiesen worden.

Das am 9. November 1863 ergangene Appellations-Erkenntniß haben Kläger mit der Nichtigkeits-Beschwerde angegriffen, weil die Vorschrift des §. 2. Nr. 2. des Gesetzes vom 31. März 1838 auf die kaufmännische Einkaufs- und Verkaufs-Commission nicht passe, dieselbe daher durch unrichtige Anwendung verletzt sei. Der vierte Senat des Ober-Tribunals hat auch die Nichtigkeits-Beschwerde für begründet erachtet und durch Erkenntniß vom 17. Januar 1865 die Appellations-Entscheidung vernichtet und zwar aus folgenden

Digitized by Google

Gründen.

Das Gesetz über die kürzeren Verjährungsfristen vom 31. März 1838 verordnet im §. 2. Nr. 2.:

Mit dem Ablaufe von vier Jahren verjähren die Forderungen der Commissarien öffentlicher Behörden, der Justiz-Commissarien und gerichtlichen Anwälte, der Notare, der Medicinal-Personen, mit Ausnahme der Apotheker, der Feldmesser und Conducteure, der Auctions-Commissarien, der Mäkler und überhaupt aller derjenigen Personen, welche zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt oder zugelassen sind, oder sonst aus der Uebernehmung einzelner Arten von Aufträgen ein Gewerbe machen, sowie der Zeugen und Sachverständigen, wegen ihrer Gebühren und Auslagen.

Das kaufmännische Commissions-Geschäft, welches darin besteht, daß der Commissionair im Auftrage und für Rechnung des Committenten ein Handelsgeschäft schließt, hat zu seiner Grundlage das Mandat, und, in sofern, nach der Feststellung des Appellations-Richters, die Kläger diese Commission mithin auch die Einkaufs- oder Verkaufs-Commission gewerbsmäßig betreiben, läßt sich von ihnen sagen, daß sie aus der Uebernehmung von Aufträgen ein Gewerbe machen. Daß aber deßhalb, wie der Appellations-Richter annimmt, die Bestimmung des allegirten §. 2. Nr. 2. auf die aus dem Commissions-Geschäfte dem Commissionair zukommende Provision und den Anspruch auf Erstattung des gezahlten Kaufpreises Anwendung finden müsse, ist nicht zuzugeben. Aus der Fassung des Gesetzes und unter Berücksichtigung der Zeit seines Erscheinens muß angenommen werden, daß unter der Uebernahme von Aufträgen, die Uebernahme des civilrechtlichen Mandats, über welches der dreizehnte Titel Thl I. des A. L. R. sich verhält, gemeint ist, was auch aus den bei

Digitized by Google

Bearbeitung resp. Berathung jenes Gesetzes vorgekommenen Bemerkungen sich ergiebt, indem man die in der angeführten Stelle zugelassene Verjährung nur auf die Gebühren der Bevollmächtigten, soweit dieselben gefordert werden können, bezogen und dabei an den §. 74. Thl. I. Tit. 13. des A. L. R. gedacht hat. (cfr. Löwenberg Motive zur Preußischen Gesetzgebung Bd. 1. S. 104., 106. oben).

Dieses civilrechtliche Mandat setzt voraus, daß der Beauftragte in der Regel das Geschäft im Namen des Machtgebers abschließt, wodurch der Letztere in directe Verbindung mit dem Dritten gebracht wird und der Beauftragte nur als Stellvertreter, Vermittler, auftritt.

Die kaufmännische Commission weicht hiervon wesentlich ab. Der Commissionair schließt im eigenen Namen das Geschäft ab; nur er tritt zu dem Dritten in Beziehung, er steht ihm als selbstständiger Kaufmann gegenüber, alle Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Geschäft überkommt er; der Committent kommt nicht in unmittelbare Berührung mit dem Dritten. Während sonach das civilrechtliche Mandat überwiegend einseitig ist, treten bei der kaufmännischen Commission zwei von einander getrennnte selbstständige Rechtsgeschäfte hervor. Diese Seite des Commissionsgeschäfts hat es veranlaßt, daß, wiewohl die wesentliche Unterlage desselben das Mandat bleibt, dasselbe sich jedoch auch schon vor dem Erscheinen des Handelsgesetz-Buches als ein besonderer Handelszweig, als Commissionshandel, ausgebildet hat, (cfr. Gerber deutsches Privatrecht §. 199.), was auch durch die Rechtssprechung des Ober-Tribunals bestätigt ist.

Auf die Stellung des Commissionairs zum Committenten konnte dieses insbesondere auch in Ansehung der Vergütung nicht ohne Einfluß bleiben.

Beim civilrechtlichen Mandat ist gewöhnlich mit der

Digitized by Google

Thätigkeit, die der Mandatar auf die Ausführung des Mandats verwendet hat, seine Verhaftung beendet; die Vergütung, die er zu beanspruchen hat, wird demnach der Regel nach lediglich nach dem Aufwande von Arbeitskräften, die die Ausführung nöthig macht, zu bemessen sein (cfr. §. 79. Thl. I. Tit. 13. des A. L. R.). Der kaufmännische Commissionair überkommt eine selbstständige Verhaftung aus dem mit dem Dritten abgeschlossenen Geschäfte, er kann, wenn er die Deckung, die der Committent zu beschaffen hat, nicht zeitig oder nicht ausreichend erhält, in die Lage kommen, aus eigenen Mitteln Aufwendungen machen zu müssen, wie gerade auch im vorliegenden Processe die Erstattung einer solchen Aufwendung verlangt wird. Für diese mögliche Gefährdung, welche, wenn bei einer Verkaufs-Commission der Commissionair übernommen haben sollte, del credere zu stehen, sich noch steigert, wird in der Höhe der Provision der Regel nach eine Ausgleichung, Sicherung, gesucht, wie auch im gegenwärtigen Processe die für die Einkaufs-Commission berechnete Provision zu ein Viertel-Procent höher angesetzt ist, als die für den Verkauf geforderte. Wenn nun die Provision auch gewöhnlich für die Besorgung der Geschäfte, also für die Thätigkeit im Wesentlichen bestimmt ist (cfr. §. 688. Tit. 8. Thl. II. des A. L. R. — auch Art. 290. des Handelsgesetz-Buchs), so ist damit nicht gesagt, daß auf dieselbe nicht auch andere Rücksichten, die bei dem Besorgen des Geschäfts mit ins Gewicht fallen, Einfluß haben können. Daß dieses der Fall, ist vorhin gezeigt. Kommen sonach in Ansehung der Bemessung und somit des Umfangs der Vergütung noch andere Momente in Berechnung, als bei der Belohnung, die beim civilrechtlichen Mandat zu beanspruchen ist, so ergiebt sich hieraus, daß das, was im letzteren Falle als Gebühren gefordert werden kann, nicht gleich ist dem,

Digitized by Google

was bei der kaufmännischen Commission durch die Provision vergütet wird, daß sich also beide Begriffe nicht decken.

Wenn, wie aus dem Vorbemerkten hervorgeht, dasjenige, was dem kaufmännischen Commissionair durch die Provision vergütet werden soll, von Dem, was von dem civilrechtlichen Mandatar als ihm für die Ausrichtung des Auftrags gebührend gefordert werden kann, in mehreren Beziehungen verschieden ist, wenn zugleich in Erwägung genommen wird, daß die juristische Durchbildung des kaufmännischen Commissionsgeschäfts und dessen Anerkennung als besonderer Handelszweig, in dem Preußischen Rechte im Wesentlichen in der Zeit, die dem Erscheinen des Gesetzes vom 31. März 1838 nachfolgte, vor sich gegangen ist, so darf, da die Gesetze über die Verjährung ihrer singulairen Natur wegen nur ganz stricte anzuwenden sind und demnach die gesetzliche Vorschrift des §. 2. Nr. 2. l. c. nicht über die dem civilrechtlichen Mandatar zukommenden Gebühren hinaus auch auf die Provision des kaufmännischen Commissionairs ausgedehnt werden kann, die darin verordnete Verjährung für solche Provision nicht anwendbar erachtet werden. Der Appellations-Richter hat also, indem er dieses gethan, das gedachte Gesetz verletzt. Deshalb muß seine Entscheidung vernichtet werden.

In der Sache selbst ist dann, unter Abänderung des Erkenntnisses erster Instanz, der Einwand der Verjährung verworfen, die Sache aber, weil der Anspruch selbst noch nicht näher erörtert war, zur ersten Instanz zurückgewiesen, um anderweitig noch zu verhandeln und demnächst zu entscheiden.

Digitized by Google

№ 35.

Unterkreuzte Wechsel; deren Beglaubigung.

Der Vorschrift des Art. 94. der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung ist genügt nicht nur, wenn der Notar die Handzeichen des Schreibensunkundigen auf dem Wechsel selbst, unter Beidrückung seines Dienstsiegels, beglaubigt hat, sondern auch, wenn von dem Notar unmittelbar unter dem Wechsel ein, die Beglaubigung der von dem Schreibensunkundigen unter den Wechsel gesetzten, und von ihm vor dem Notar anerkannten Handzeichen enthaltendes, Notariats-Protocoll aufgenommen worden. Präjudiz Nr. 2738.

Allg. Deutsche Wechsel-Ordnung Art. 94.

Der Rentier M. in Danzig hatte gegen die Wittwe L. ebendaselbst 450 Thlr. nebst Zinsen im Wechsel-Processe eingeklagt, und zwar auf Grund eines an ihn girirten, von der Verklagten unterkreuzten trockenen Wechsels, unter welchem sich ein Notariats-Recognitions-Protocoll befand. Die Verklagte hatte die Zurückweisung der Klage verlangt, weil ihre Handzeichen unter dem Wechsel nicht notariell beglaubigt seien, sondern das Notariats-Protocoll von ihrer Seite nur das Anerkenntniß enthalte, daß die Handzeichen von ihr eigenhändig gemacht worden. Dem war von dem Kläger damit begegnet, daß durch das, unter Beobachtung der Vorschriften der Notariats-Ordnung vom 11. Juli 1845, aufgenommene Notariats-Protocoll die in dem Art. 94. der Allg. Deutschen

Digitized by Google

Wechsel-Ordnung vorgeschriebene notarielle Beglaubigung geschehen sei.

Dieser letzteren Ansicht war das Commerz- und Admiralitäts-Collegium zu Danzig beigetreten, indem dasselbe, unter Verwerfung jenes Einwandes, mittelst Erkenntnisses vom 29. November 1864 die Verklagte nach dem Klageantrage verurtheilt hatte. Und es ist auch die von der Verklagten noch gegen das auf ihre Appellation ergangene confirmatorische Erkenntniß des Appellations-Gerichts zu Marienwerder vom 10. Januar 1865 erhobene Nichtigkeits-Beschwerde von dem vierten Senate des Ober-Tribunals am 4. März 1865 aus folgenden

Gründen

zurückgewiesen worden:

Mit Recht hat der Appellations-Richter, in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter, dem Wechsel vom 4. November 1863, aus welchem vorliegend vom Kläger im Wechsel-Processe geklagt worden, Wechselkraft beigelegt. Der Art. 94. der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung bestimmt:

> Wechsel-Erklärungen, welche statt des Namens mit Kreuzen oder anderen Zeichen vollzogen sind, haben nur dann, wenn diese Zeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt worden, Wechselkraft.

Jener Wechsel ist zwar mit keiner Namens-Unterschrift, sondern nur mit Kreuzen vollzogen. Neben diesen drei Kreuzen steht jedoch der Vermerk:

„Handzeichen der Justine L... geb. G... gt. Jahncke"

und folgt sodann ein Notariats-Protocoll de dato Danzig den 4. November 1863, worin bemerkt ist, daß vor dem Notar Sch. und den genannten beiden Instruments-Zeugen die L. sich gestellt, jene Schrift vorgelegt und die darunter

Digitized by Google

befindlichen Kreuze als von ihr eigenhändig gemacht, hierdurch anerkannt habe. Darunter steht wider

Handzeichen × × × der Justine L... geb. G... gt. Jahncke.

und ist sodann von dem Notar und den beiden Instruments-Zeugen, unter Beidrückung des Notariats-Siegels, attestirt, daß die vorstehende Verhandlung so, wie sie niedergeschrieben, stattgefunden, daß sie in des Notars und der Zeugen Gegenwart der Betheiligten laut vorgelesen, von ihr genehmigt und wegen Schreibensunkunde mit Kreuzen vollzogen, welche der (Instruments-) Zeuge Jahncke beglaubigt habe.

Wenn nun von dem Appellations-Richter angenommen worden, daß durch das vorstehend gedachte Protocoll die Handzeichen der Verklagten unter dem Wechsel als notariell beglaubigt anzusehen sind und er demgemäß den Einwand der Verklagten, daß eine solche Beglaubigung nicht vorliege, weil jenes Protocoll nur eine bei Handzeichen unzulässige Recognitions-Verhandlung enthalte, und daß deshalb dem Wechsel die Wechselkraft fehle, verworfen hat, so erscheint dies als vollkommen gerechtfertigt, und haben die hiergegen von der Verklagten in ihrer Nichtigkeits-Beschwerde erhobenen Angriffe nicht für begründet erachtet werden können.

Um zu einer richtigen Beantwortung der Frage zu gelangen, in welcher Weise, namentlich in Preußen, eine von einem Schreibensunkundigen nur mit Kreuzen oder anderen Zeichen vollzogene Wechsel-Erklärung gerichtlich oder notariell beglaubigt sein muß, wenn derselben Wechselkraft beigelegt werden soll? ist zunächst die Entstehungsgeschichte jenes Art. 94. der Allgemeinen Deutschen Wechsel-Ordnung in Betracht zu ziehen, wie sich solche aus den Leipziger Conferenz-Protocollen ergiebt.

Der der Leipziger Conferenz zur Berathung vorgelegte

Digitized by Google

Preußische Entwurf einer Wechsel-Ordnung lautete unter der Ueberschrift:

„Mangelhafte Unterschriften"

im ersten Absatze des §. 85. dahin:

Wechsel, Indossamente, Accepte oder andere Erklärungen, welche statt des Namens nur mit Kreuzen oder anderen Zeichen vollzogen sind, haben, selbst wenn sie gerichtlich oder notariell ausgestellt worden, keine Wechselkraft.

In den Motiven zu diesen Paragraphen war nur bemerkt, daß es zwar über die Art der Unterschrift keiner Vorschrift bedürfe, daß es jedoch eine wirkliche Namensschrift sein müsse, daß Kreuze und andere Zeichen nicht genügen könnten.

Hiernach sollten also die von Personen, welche des Schreibens und Lesens unkundig, oder durch einen Zufall am Schreiben verhindert sind, durch Kreuze oder andere Handzeichen vollzogenen Wechsel-Erklärungen selbst dann, wenn dieselben in der, für die von dergleichen Personen abzuschließenden schriftlichen Verträge in den §§. 172 ff. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R. und im §. 10. Tit. 1. Thl. II. der A. G. O. vorgeschriebenen Form ausgestellt worden, keine Wechselkraft haben. Dies fand jedoch nicht die Zustimmung der Conferenz; vielmehr lautet die hierauf bezügliche Stelle in dem Conferenz-Protocolle vom 18. November 1847 dahin:

Zum §. 85. ward von dem Herrn Referenten bemerkt, wie er von mehreren Seiten darauf aufmerksam gemacht worden sei, daß häufig Wechsel und Wechsel-Erklärungen, namentlich von Auswanderern, vorkommen, die, weil die Aussteller nicht schreiben könnten, nur mit Kreuzen unterzeichnet seien; er gebe deshalb anheim, ob nicht der erste Satz dieses Paragraphen dahin abzuändern sei, daß Wechsel und Wechsel-Erklärungen, die mit Kreuzen oder anderen Zeichen vollzogen seien, nur in dem Falle

Digitized by Google

Wechselkraft haben sollten, wenn sie gerichtlich oder notariell ausgestellt worden.

Dieser Antrag fand allseitig Zustimmung und ward nur noch bei diesem Satze von einem Mitgliede der Versammlung darauf aufmerksam gemacht, daß es statt der Worte „andere Erklärungen," Bürgschaft oder Aval" heißen könne, indem außer den genannten keine anderen Wechsel-Erklärungen, als der Aval, übrig blieben. Diese Bemerkung ward der Redactions-Commission zur Berücksichtigung anheimgegeben.

Ungeachtet des in der vorstehend gedachten Weise von dem Referenten gemachten Vorschlages hat aber hiernächst der dem §. 85. des Preußischen Entwurfes correspondirende §. 96. des von der Fassungs-Commission redigirten Entwurfes folgende Fassung erhalten:

Wechsel-Erklärungen, welche statt des Namens mit Kreuzen oder anderen Zeichen vollzogen sind, haben nur dann, wenn diese Zeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt worden, Wechselkraft.

Obgleich die Gründe, welche zu dieser Abänderung veranlaßt haben, nicht näher ersichtlich sind, so muß doch jedenfalls in Folge der stattgefundenen Fassungs-Aenderung selbst angenommen werden, daß die Conferenz, weil dieselbe gegen diese Aenderung demnächst nichts erinnert hat, der Ansicht gewesen ist, daß bei den von Schreibensunkundigen abzugebenden Wechsel-Erklärungen es einer förmlichen Aufnahme oder Ausstellung vor Gericht oder Notar nicht bedarf, daß es vielmehr genügt, wenn die Kreuze oder anderen Zeichen, mit denen sie ihre Wechsel-Erklärungen vollzogen haben, gerichtlich oder notariell beglaubigt werden. Bei der Schlußberathung findet sich deshalb in dem Conferenz-Protocolle

Digitized by Google

vom 8. December 1847 in Bezug hierauf nur noch bemerkt:

> Beim §. 96. wurde von einer Seite die Weglassung der Worte „oder notarieller" gewünscht, weil nach den Einrichtungen gewisser Länder Notare nicht beglaubigen dürften. Andererseits hielt man jedoch die Beibehaltung der Vorschrift für angemessen, um die Art der Beglaubigung näher zu bezeichnen, und zugleich für unbedenklich, weil hier in der Wechsel-Ordnung keine Vorschrift darüber gegeben werde, ob Notare beglaubigen könnten.

Und es ist sodann jener §. 96. des Entwurfs der Fassungs-Commission unverändert in den §. 94. des nach den Beschlüssen der Conferenz abgefaßten Entwurfs aufgenommen und somit der Artikel 94. der jetzigen Wechsel-Ordnung geworden.

Hiernach ist es unverkennbar, daß in Preußen bei der Anwendung des Art. 94. cit. für die von Schreibensunkundigen auszustellenden Wechsel-Erklärungen die in den §§. 172 ff. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R., sowie in dem §. 10. Tit. 1. Thl. II., in Verbindung mit dem §. 46. Tit. 2. Thl. II. und dem §. 49. Tit. 7. Thl. III. der A. G. O. enthaltenen Vorschriften über die Form, welche bei der Abschließung der schriftlichen Verträge dieser Personen vor Gericht oder Notar zu beachten ist, nicht weiter in Betracht kommen können, daß vielmehr die Form der bloßen Beglaubigung und zwar auch nur der Kreuze oder anderer Zeichen, mit denen die Wechsel-Erklärungen vollzogen sind, genügt. Und diese Form der Beglaubigung der Kreuze oder sonstigen Handzeichen kann keine andere sein, als diejenige, welche in den von gerichtlichen oder notariellen Recognitions-Atteften und Recognitions-Protocollen handelnden §§. 22. und 26. Tit. 3. Thl. II., §§. 75—77. Tit. 7. Thl. III. der A. G. O.

Digitized by Google

und §. 21. des Gesetzes über das Verfahren bei Aufnahme von Notariats-Instrumenten vom 11. Juli 1845, für die Recognition von Unterschriften vorgeschrieben ist.

Diese Gesetze kennen allerdings eine Recognition nur bei wirklichen Namens-Unterschriften, nicht aber bei bloßen Handzeichen. Die letzteren sind indessen bei Wechsel-Erklärungen durch den Artikel 94. cit. den ersteren insofern gleichgestellt, als, wenn mit ihnen eine Wechsel-Erklärung vollzogen ist, es nur der Feststellung bedarf, daß dieselben von der betreffenden Person herrühren, um ihnen eine gleiche Kraft und Wirkung, wie den wirklichen Namens-Unterschriften, beizulegen. Diese Feststellung ist aber schon alsdann als vollständig bewirkt anzusehen, wenn die des Schreibens unkundige Person sich vor Gericht oder vor dem Notar zu den von ihr unter die Wechsel-Erklärung gesetzten Handzeichen bekennt, dieselben als von ihr gemacht recognoscirt, und wenn, daß dies geschehen, von dem Gericht oder dem Notar attestirt oder beglaubigt wird.

Solches kann auch um so weniger als bedenklich erscheinen, als die vorgeschriebene Beglaubigung offenbar nur den Zweck hat, dritten Personen und überhaupt dem mit Wechseln verkehrenden Publicum Sicherheit dafür zu gewähren, daß die Handzeichen, welche als solche keine Recognition oder Diffession zulassen, von der betreffenden Person, statt ihrer Namensschrift, wirklich unter die Wechsel-Erklärung gesetzt worden, welcher Zweck alsdann schon für erreicht zu halten ist, wenn von einer der vom Gesetze dazu bestimmten öffentlichen Behörde attestirt worden, daß die Handzeichen von jener Person herrühren. Dagegen läßt es sich nicht als Zweck dieser Beglaubigung betrachten, die des Schreibens und Lesens unkundige Person selbst gegen Irrthum, oder gegen die Gefahr der Verwechselung oder Unterschiebung sicher zu

Digitized by Google

stellen, wäre dergleichen beabsichtigt worden, dann hätte angeordnet werden müssen, daß die Wechsel-Erklärungen der Analphabeten vor Gericht oder vor einem Notar in der dafür vorgeschriebenen Form aufzunehmen oder auszustellen seien.

Aus der vorstehenden Auseinandersetzung ergiebt sich für den vorliegenden Fall von selbst, daß durch das unter dem fraglichen Wechsel stehende Notariats-Protocoll vom 4. November 1863, bei dessen Aufnahme die betreffenden Vorschriften der §§. 75. bis 77. Tit. 7. Thl. III. der A. G. O. und des §. 21. in Verbindung mit den §§. 10., 12. bis 15. des Gesetzes vom 11. Juli 1845 vollständig beobachtet worden, die unter jenem Wechsel befindlichen drei Kreuze der Verklagten als notariell gehörig beglaubigt angesehen werden müssen, so daß dem Wechsel selbst nach dem Art. 94. der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung Wechselkraft beizulegen ist.

Jene Auseinandersetzung steht zugleich mit dem früheren, in den Entscheidungen Bd. 39. S. 248—257. veröffentlichten Erkenntnisse vom 2. November 1858 in vollem Einklange, wonach dem Art. 94. cit. schon dann genügt ist, wenn der Notar die Handzeichen des Schreibens-Unkundigen auf den Wechsel selbst, unter Beifügung seines Dienstsiegels, beglaubigt hat. Und ein Gleiches ist der Fall mit dem Erkenntnisse vom 21. Februar 1857. (Entscheidungen Bd. 35. S. 132. bis 138.), durch welches ausgesprochen worden, daß eine Notariats-Urkunde, in welcher sich die von einem des Schreibens unfähigen Wechsel-Aussteller an Stelle der Unterschrift gemachten Handzeichen nicht im Original beglaubigt finden, zur Begründung der Wechsel-Klage nicht geeignet ist.

Dagegen ist von den in dem Erkenntnisse vom 19. November 1863 (abgedruckt in Striethorst's Archiv Bd. 50. S. 362. bis 365.) angenommenen Grundsätzen zurückzutre-

Digitized by Google

ten gewesen, da bei denselben zu strenge daran, daß die Preußischen Gesetze eine Recognition von Handzeichen nicht kennen, auch in Betreff der Wechsel-Erklärungen festgehalten und deshalb erfordert worden ist, daß durch die notarielle Beglaubigung darüber Gewißheit gewährt werden müsse, daß die Handzeichen in Gegenwart des Notars unter den Wechsel gesetzt seien.

Hiernach hat der Appellations-Richter ganz richtig den Art. 94. cit. gegen die Verklagte auf den von ihr ausgestellten Wechsel zur Anwendung gebracht, und wird ihm von derselben mit Unrecht eine Verletzung dieses Artikels vorgeworfen. Das dabei zugleich von ihr in Bezug genommene, bereits gedachte Erkenntniß vom 19. November 1863 kommt gegenwärtig nicht weiter als maaßgebend in Betracht.

Daß aber die außerdem von der Verklagten gerügte Verletzung der Vorschriften des §. 21. des Gesetzes vom 11. Juli 1845 und der §§. 57. und 75. Tit. 7. Thl. III. der A. G. O. und des von ihr aus diesen Gesetzen hergeleiteten Rechtssatzes:

daß Recognitionen nur bei Unterschriften, nicht bei Handzeichen zulässig sind,

hier nicht vorliegt, folgt aus der obigen Ausführung von selbst.

№ 36.

Rechtsweg über Ansprüche der Staatsbeamten. Verjährung von Rückständen.

1) Ist der Rechtsweg über vermögensrechtliche An-

Digitized by Google

sprüche der Staatsbeamten, welche aus ihrem Dienstverhältnisse vor dem Eintritt der Gesetzeskraft des Gesetzes vom 24. Mai 1861 herrühren und damals durch Verfügung des Verwaltungs-Chefs abgelehnt worden sind, ohne daß hiergegen die Entscheidung des Königs oder des Staats-Ministeriums nachgesucht ward, fernerhin statthaft?

Gesetz betreffend die Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861 (Ges.-S. S. 241.) §§. 1. und 7.

2) Findet auf Rückstände aus jener Zeit an Pensionen u. s. w. die kurze Verjährung von vier Jahren und namentlich auch dann Anwendung, wenn der Anspruch bei der competenten Verwaltungsbehörde angemeldet war?

Gesetz, wegen Einführung kürzerer Verjährungsfristen, vom 31. März 1838 (Ges.-S. S. 249.) §. 2. Nr. 5., §§. 9. und 10.

Zufolge Rescripts des Ministers v. Altenstein vom 17. December 1830 und des Ober-Präsidenten v. Vincke vom 2. Januar 1831 wurde der Kläger Dr. K., welcher damals in Münster als Regiments-Arzt fungirte, davon benachrichtigt, daß ihm an der medicinisch-chirurgischen Lehranstalt daselbst, welche zum Ressort des Ober-Präsidenten gehörte, ein Lehramt der allgemeinen und speciellen Chirurgie gegen eine jährliche Remuneration von 150 Thlr. übertragen sei. Diese später um 30 Thlr. erhöhete Remuneration wurde vierteljährlich postnumerando gezahlt. Der Kläger trat sein Lehramt, welches widerruflich war, sofort an, und bezog seine Remuneration bis zur Aufhebung jener Lehranstalt, welche,

Digitized by Google

zufolge der Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 15. September 1848, am 1. April 1849 erfolgte. In dieser Allerhöchsten Ordre war zugleich bestimmt, daß von dem Zeitpunkte jener Aufhebung an, „auch diejenigen, unter ausdrücklichem Vorbehalt des Widerrufs, angestellten Lehrer, welche mindestens fünfzehn Jahre an der betreffenden Anstalt fungiren," die Hälfte ihrer bisherigen Remunerationen erhalten sollten, wogegen sie zu mäßigen, ihrer Befähigung und ihrer Stellung entsprechenden Dienstleistungen verpflichtet blieben. Der Kläger nahm, als zu diesen Lehrern gehörig, die Hälfte seiner bisherigen Remuneration mit 90 Thlr. jährlich in Anspruch, wurde aber vom Ober-Präsidenten am 6. März 1849 dahin beschieden, daß, da er in Folge seiner Beförderung zum General-Arzt eines Armeecorps als aus der Reihe der Lehrer von dieser Anstalt ausgeschieden betrachtet werden müsse, er einen Anspruch auf Entschädigung für den in Folge der jetzigen Aufhebung dieser Anstalt eintretenden Verlust seiner Remuneration nicht geltend machen könne. Auf seine Remonstration wurde er durch Rescript des Ministers der geistlichen Angelegenheiten vom 1. August 1849 ebenfalls abschläglich beschieden, indem bemerkt ward, wie es bei dem Fortbestehen der Anstalt lediglich auf das Urtheil der vorgesetzten Behörde angekommen sein würde, ob ihm in seiner neuen Stellung als General-Arzt das in Rede stehende Nebenamt hätte belassen werden können, und daß mit der Mobilmachung des Armee-Corps die Zurücknahme des nur im gewöhnlichen Garnisonorte zu verrichtenden Nebenamts von selbst hätte erfolgen müssen. Ein nochmaliges Gesuch, nach Erlaß des Gesetzes vom 24. Mai 1861, betreffend die Erweiterung des Rechtsweges, wurde unterm 14. November 1861 zurückgewiesen, weil Kläger es unterlassen habe, gegen die Bescheidung vom Jahre 1849 den zuständigen Recurs an das Staats-

Digitized by Google

Ministerium zu ergreifen, auch die damalige Entscheidung begründet befunden sei.

Am 27. November 1861 trug nun der Kläger gegen die Königliche Provinzialbehörde für Westphalen, vertreten durch den Ober-Präsidenten, klagend auf deren Verurtheilung zur Nachzahlung der Remuneration von 90 Thlr. jährlich seit dem 1. April 1849 nebst Zinsen von dem jedesmaligen Verfalltage der Quartalraten, sowie auf deren Entrichtung für die Zukunft an; indem sein auf die Allerhöchste Ordre vom 15. September 1848 gegründeter rechtlicher Anspruch durch die abschläglichen Bescheidungen nicht widerlegt werde, da er niemals, auch nach seiner am 24. August 1848 erfolgten Anstellung als General-Arzt entlassen worden sei und er vielmehr bis zum 1. April 1849 die Remuneration erhalten habe. Auch habe für ihn keine Verpflichtung, sich an das Staats-Ministerium zu wenden, vorgelegen.

Der vom Verklagten erhobene präjudicielle Einwand, daß nicht er, sondern die Königliche Regierung als der ressortmäßige Vertreter des Fiscus hätte belangt werden müssen, ward in zweiter Instanz rechtskräftig verworfen. In der Sache selbst bestritt der Verklagte den Anspruch, weil die competente Behörde durch den Erlaß vom 6. März 1849 von ihrem Rechte des Widerrufs der Anstellung des Klägers Gebrauch gemacht, Kläger also, weil er nicht wegen Aufhebung der Anstalt, sondern wegen seiner Anstellung als General-Arzt entlassen worden sei, keinen Anspruch auf die in der Cabinets-Ordre vom 15. September 1848 gedachte Wohlthat, die auch als bloßer Gnadenact nicht zum Gegenstande eines Rechtsanspruches gemacht werden könne, habe. Außerdem wurde der Klage der Einwand der Verjährung, wegen nicht inne gehaltener sechsmonatlicher Frist nach §. 3. des Gesetzes vom 24. Mai 1861, und eventuell der Einwand der

Digitized by Google

Verjährung der vor das Jahr 1857 fallenden Rückstände, zufolge §. 2. Nr. 5. des Gesetzes vom 31. März 1838, entgegengesetzt.

Das Kreisgericht zu Münster erkannte jedoch am 26. October 1863 den Königlichen Fiscus, vertreten durch das Königliche Ober-Präsidium der Provinz Westphalen, völlig nach dem Klageantrage schuldig, die Remuneration von 90 Thlr. jährlich seit dem 1. April 1849 nebst Zinsen davon und auch für die Zukunft an den Kläger zu zahlen, und dieses Urtel wurde vom Appellations-Gerichte daselbst, auf die Appellation des Verklagten, unterm 23. April 1864 bestätigt.

In Folge der Nichtigkeits-Beschwerde des Verklagten hat der erste Senat des Ober-Tribunals am 2. December 1864 dieses Urtel in so weit vernichtet, als dadurch dem Kläger die Remuneration aus dem Zeitraume vom 1. April 1849 bis zum 1. Januar 1857 nebst den Zinsen davon zuerkannt worden, und unter Abänderung des Urtels erster Instanz, den Kläger auch in soweit mit seiner Forderung abgewiesen; im Uebrigen aber die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen.

Gründe.

Der Verklagte ist durch das in zweiter Instanz bestätigte Urtel erster Instanz schuldig erkannt worden, dem Kläger die seit dem 1. April 1849 vorenthaltene Remuneration von 90 Thlr. jährlich nebst Verzugszinsen von den vierteljährlich zu entrichten gewesenen Raten dieser Remuneration, von dem jedesmaligen Verfalltage an, nachzuzahlen, und für die Zukunft diese Remuneration ad 90 Thlr. jährlich in den reglementsmäßigen festgesetzten Zahlungsfristen zu entrichten. Was nun

1) den Anspruch an und für sich — abgesehen von der Einrede der Verjährung — betrifft, so gründet sich derselbe

Digitized by Google

auf die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 15. September 1848, nach welcher, von dem Zeitpunkte der auf den 1. April 1849 bestimmten Aufhebung der chirurgischen Lehranstalt zu Münster an, auch die auf Remuneration, unter ausdrücklichem Vorbehalt des Widerrufs, angestellten Lehrer, „welche mindestens fünfzehn Jahre in der betreffenden Anstalt fungiren," die Hälfte ihrer bisherigen Remunerationen erhalten, wogegen sie zu mäßigen, ihrer Befähigung und ihrer Stellung entsprechenden Dienstleistungen verpflichtet bleiben sollten.

Kläger hat in Folge der ihm durch das Ober-Präsidial-Rescript vom 2. Januar 1831 bekannt gemachten, vom Ministerio der geistlichen Angelegenheiten mittelst Rescripts vom 17. December 1830 angeordneten Anstellung, über fünfzehn Jahre als Lehrer an der gedachten Anstalt gegen eine vierteljährlich postnumerando zu zahlende jährliche Remuneration, welche ursprünglich auf 150 Thlr., später zufolge Rescripts vom 30. Mai 1834 auf 180 Thlr. festgestellt war, fungirt und diese Remuneration bis zum 1. April 1849 — dem Zeitpunkte der Aufhebung der Lehranstalt — bezogen. Ihm ist aber die Gewährung der Hälfte dieser Remuneration, auf seine hierauf gerichteten Gesuche, durch die Rescripte des Ober-Präsidenten vom 6. März 1849 und des Ministers der geistlichen Angelegenheiten vom 1. August 1849, sowie auch neuerdings durch das Rescript vom 14. November 1861, verweigert und deshalb von ihm die gegenwärtige Klage erhoben worden. Dieser Rechtsweg, als über einen vermögensrechtlichen Anspruch des Klägers aus seinem Dienstverhältnisse, stand dem Kläger zufolge §. 1. des Gesetzes vom 24. Mai 1861, betreffend die Erweiterung des Rechtsweges, zu, und er durfte sich zu dem Ende auf jenen Allerh. Erlaß vom 15. September 1848 als gültigen Rechtstitel, insofern er auf ihn Anwendung fand, berufen, da nach §. 6. l. c. bei

Digitized by Google

der richterlichen Beurtheilung nächst den, den Beamten besonders ertheilten Zusicherungen und den Bestimmungen der allgemeinen Landesgesetze, die zur Zeit der Entstehung des streitigen Anspruchs in Kraft gewesenen Königlichen Anordnungen zum Grunde zu legen sind, eine solche Anordnung aber in dem Allerh. Erlaß vom 15. September 1848 getroffen war. Es kam also Alles darauf an, ob diese Allerh. Ordre auf den Kläger Anwendung fand. Der Appellations-Richter hat dies unter den angeführten Verhältnissen angenommen, indem die Zusicherung der halben Remuneration eine unbedingte, und ihr Wegfall auf keinen Fall vorgesehen, auch anzunehmen sei, daß der Allerh. Ordre die Absicht zu Grunde liege, diejenigen Lehrer, welche die lange Zeit von fünfzehn Jahren hindurch nur gegen Remuneration bei der Anstalt fungirten, in Anerkennung dessen durch Belassung der Hälfte der bisherigen Remuneration zu entschädigen. Er hat sodann die Einwendungen des Verklagten, wie solche in beiden Instanzen vorgebracht worden, einer eingehenden Prüfung unterworfen, namentlich ausgeführt, daß der behauptete Widerruf der Anstellung des Klägers in den gedachten Rescripten vom 6. März und 1. August 1849 nicht enthalten sei und eventuell auch n a c h Erlaß jener Allerh. Ordre durchaus bedeutungslos gewesen sein würde, daß ferner das Anstellungs-Rescript vom 17. December 1830 nach Erlaß der, neue Rechte begründenden Ordre vom 15. September 1848 nicht mehr in Frage kommen könne, und daß unter der bisherigen Remuneration in der Cabinets-Ordre vom 15. September 1848, nach dem Sprachgebrauche nur die gemeint sei, welche die Lehrer zur Zeit der Abfassung der Cabinets-Ordre bezogen haben, nicht aber zur Zeit der Auflösung der Anstalt, am 1 April 1849, wie Verklagter wolle, wogegen auch der §. 55. der Einleitung zum Allgem. Landrecht spreche, nach

Digitized by Google

welchem verliehene Privilegien, — und ein solches müsse in der Allerh. Ordre gefunden werden, — so zu deuten seien, daß die wohlthätige Absicht des Gebers dabei nicht verfehlt oder vereitelt werde. Ueberdies habe Kläger auch, selbst bei Annahme der Auslegung des Verklagten, die Remuneration bis zum 1. April 1849 bezogen.

In der Nichtigkeits-Beschwerde wird nun nach einer wörtlichen Wiedergabe der Ausführung des Appellations-Richters gerügt:

Verletzung der Allerh. Cabinets-Ordre vom 15. September 1848 und §. 55. der Einleitung zum Allgem. Landrecht, des Gesetzes vom 24. Mai 1861 wegen unpassender Anwendung, sowie durch Nichtanwendung des aus dem Sinne und Zusammenhange der Gesetze §. 269. Tit. 5., §. 1040. Tit. 11., §§. 105. 106. der Einl. zum Allgem. Landrechte hervorgehenden Rechtsgrundsatzes, daß Schenkungen und bloß wohlthätige Verträge im zweifelhaften Falle allemal zur Erleichterung des Verpflichteten auszudeuten.

In Betreff dieses Rechtsgrundsatzes ist aber nicht ersichtlich, wie der vorige Richter denselben verletzt haben könnte, da er den Rechtstitel des Klägers in der Allerh. Ordre vom 15. September 1848 deutlich und klar ausgesprochen findet, und selbst den §. 55. der Einleitung zum Allgem. Landrecht keineswegs — wie aus dem Vorstehenden sich ergiebt — als einen durchgreifenden Entscheidungsgrund, sondern nur ganz eventuell zur Auslegung des Ausdrucks „bisherigen Remuneration“ neben dem ersten durchgreifenden Grunde in Bezug genommen hat.

Der Angriff wegen unpassender Anwendung des Gesetzes vom 24. Mai 1861 erscheint in dieser Allgemeinheit nicht motivirt und hat bereits oben seine Widerlegung ge-

Digitized by Google

funden, wonach dem Kläger der Rechtsweg wegen seines Anspruches durch jenes Gesetz eröffnet war.

Der Angriff wegen Verletzung der Allerh. Ordre vom 15. September 1848 muß aber schon deshalb verfehlt erscheinen, weil die in dieser Allerh. Ordre getroffene Anordnung im Sinne des §. 4. Nr. 1. der Verordnung vom 14. December 1833 keinen auf einer ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes beruhenden oder aus dem Sinne und Zusammenhange der Gesetze hervorgehenden Rechtsgrundsatz, der verletzt sein könnte, in sich schließt, wenn dieselbe auch, obwohl sie nicht als Gesetz publicirt worden (Gesetz vom 3. April 1846 — Ges. S. S. 151.) — wie schon bemerkt — als eine Allerhöchste Anordnung befolgt werden mußte, und den darunter begriffenen Angestellten einen rechtlichen Anspruch verlieh. Daher konnte denn auch die vom vorigen Richter jener Allerh. Ordre gegebene Auslegung, nicht im Wege der Behauptung eines rechtsgrundsatzlichen Verstoßes gegen diese Allerh. Ordre widerlegt werden. Könnte dies aber noch irgend bezweifelt werden, so müssen doch immer bei Beurtheilung der Anwendbarkeit der gedachten Allerh. Ordre die thatsächlichen Feststellungen des vorigen Richters, nach welchen die Voraussetzungen der Allerh. Gnadenbewilligung bei dem Kläger zutreffen, zum Anhalt dienen.

Die Nichtigkeits-Beschwerde versucht es dem gegenüber aber noch die Entscheidung des vorigen Richters durch eine Reihe von Angriffen zu widerlegen, welche im Wesentlichen sogar auf Behauptungen und Einwendungen beruhen, welche in den Instanzen nicht geltend gemacht worden sind.

Nachdem dies, sowie die Unhaltbarkeit der darauf gestützten Angriffe — was hier nicht interessirt — ausgeführt worden, heißt es in den Gründen weiter:

Nicht minder unzutreffend ist die weitere Behauptung des

Digitized by Google

Imploranten, daß das Gesetz vom 24. Mai 1861 hier deshalb nicht anwendbar sei, weil neue Gesetze auf vorhin schon vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden könnten, und es erscheint die hierauf gegründete Rüge einer Verletzung jenes Gesetzes, des §. VIII. des Publications-Patents vom 5. Februar 1794 und der §§. 14. und 59. der Einleitung zum Allgem. Landrecht nicht statthaft. Sie widerlegt sich durch den §. 7. jenes Gesetzes selbst, lautend:

> Soweit über vermögensrechtliche Ansprüche der Staatsbeamten bereits vor dem Eintritt der Gesetzeskraft des §. 1. von dem Könige oder dem Staats-Ministerium entschieden worden ist, können dieselben bei den Gerichten nicht weiter verfolgt werden.

Hierin wird die rechtliche Möglichkeit der Verfolgung bei den Gerichten von Ansprüchen aus der Vergangenheit insofern vorausgesetzt, als sie nicht vorher, d. h. vor diesem Gesetze §. 1. von dem Könige oder dem Staats-Ministerium entschieden waren. Der §. 1. beschränkt sich auch keineswegs auf erst nach Publication dieses Gesetzes entstandene Ansprüche. Wollte man das Gegentheil annehmen, so würde der §. 7. ganz gegenstandlos sein. Durch jenen §. 7. erledigt sich zugleich die neue und ungerechtfertigte Behauptung:

> daß der Kläger durch die im Jahre 1849 von der competenten Behörde an ihn ergangene Entscheidung mit der in Anspruch genommenen Remuneration rechtskräftig abgewiesen worden sei, er sich dabei beruhigt habe und daß auf solche im gesetzlichen Wege erledigte Fälle das Gesetz vom 24 Mai 1861 keine Anwendung finden könne.

Der §. 7. stellt nur die Entscheidung durch des Königs

Digitized by Google

Majestät oder das Staats-Ministerium, also auf dem durch die Allerh. Cabinets-Ordres vom 7. Juli 1830 und 12. April 1835 angeordneten Wege, der rechtskräftigen Entscheidung rücksichtlich ihrer Wirkung dahin gleich, daß eine weitere gerichtliche Verfolgung eines solchergestalt erledigten Anspruches nicht mehr gestattet ist.

Der §. 7. des Gesetzes, welcher sich bereits in dem, dem Landtage vorgelegten Entwurfe in seiner jetzigen Fassung vorfand, wurde in diesem Sinne von beiden Häusern des Landtages genehmigt. Es habe kein Bedenken — so heißt es in dem Berichte der Commission des Hauses der Abgeordneten vom 17. April 1861 — die Eröffnung des Rechtsweges da auszuschließen, wo über den vermögensrechtlichen Anspruch der Beamten vom Könige oder vom Staats-Ministerium bereits entschieden ist (§. 7.). Es verstehe sich, daß die nach den bisher geltenden Gesetzen in höchster Instanz erledigten Fälle als endgültig entschiedene Sachen zu behandeln seien.

Ebenso gab der §. 7. der Justiz-Commission des Herrenhauses, nach ihrem Berichte vom 7. Mai 1861, zu Erinnerungen keine Veranlassung, indem derselbe auf ganz angemessene Weise Processe über solche vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten untersage, welche vor Eintritt der Gesetzeskraft des §. 1. bereits von dem Könige oder dem Staats-Ministerium entschieden, also vollständig erledigt seien.

Von einer Rechtskraft der Rescripte vom 6. März und 1. August 1849 kann offenbar nicht die Rede sein, und zerfällt damit der Vorwurf, daß der vorige Richter den Rechtsgrundsatz rechtskräftig entschiedener Sache, res judicata facit jus inter partes verletze, von selbst.

Die §§. 58. 59. Thl. I. Tit. 4. A. L. R. sind nicht

Digitized by Google

verletzt, weil darin, daß sich der Kläger bei jenen abschläglichen Bescheidungen vom 6. März und 1. August 1849 beruhigt und nicht den in den gedachten Ordres vom 7. Juli 1830 und 12. April 1835 bezeichneten Weg der Unterwerfung seines Anspruches der unmittelbaren Allerh. Bestimmung, oder des Antrages auf Entscheidung durch Beschluß des Königlichen Staats-Ministeriums, eingeschlagen hat, nicht einmal ein stillschweigender, geschweige ein verbindlicher Verzicht auf seinen Anspruch zu finden ist. Auch blieb es den Beamten nach jenen, ebenfalls mit Unrecht als verletzt bezeichneten, Königlichen Ordres überlassen, jenen Weg der Reclamation einzuschlagen, sie waren dazu keineswegs gezwungen. Es fehlt an jeder Bestimmung, welche sie dazu mit irgend einer Fristbestimmung bei Vermeidung der Präclusion aufgefordert und den Kläger verhindert hätte, den in der Allerh. Cabinets-Ordre vom 7. Juli 1830 erwähnten Weg zur schließlichen Erledigung seines Anspruchs bis zum Erlaß des Gesetzes vom 24. Mai 1861 zu betreten.

Wie aber event. aus dem mit Unrecht als verletzt bezeichneten §. 2 zu 5. des Gesetzes vom 31. März 1838 der in dieser Begründung ebenfalls völlig neue Einwand der Verjährung des ganzen Anspruchs mit Grunde herzuleiten wäre, ist nicht zu erfinden, da bekanntlich jener §. 2. zu 5. nur von der kurzen Verjährung von Rückständen, nicht aber von einer Verjährung der Berechtigung selbst handelt.

2. Durch die Ausführung des Appellations-Richters über die Unstatthaftigkeit der aus dem §. 2. des Gesetzes vom 24. Mai 1861 hergeleiteten Verjährung wegen Nichtinnehaltung der sechsmonatlichen Frist, soll derselbe jenen §. 2., sowie die §§. 551. 552. Thl. I. Tit. 9. A. L. R. und den

Digitized by Google

im Präjudiz Nr. 2148. ausgesprochenen Rechtsgrundsatz:

„zu einer Klageanmeldung, welche den Lauf der Verjährung zu unterbrechen geeignet sein soll, gehört, nothwendig die namentliche Bezeichnung des Verklagten;"

verletzt haben, weil die Anmeldung der Klage gegen den eigentlichen Verklagten, den Königlichen Fiscus, erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist erfolgt sei, ohne Unterschied, ob man dieselbe vom 14. Juni (der Gesetzeskraft) oder der letzten Bescheidung vom 14. November 1861 an rechne.

Nun verstand es sich aber, wenn der Kläger seine Klage, präsentirt am 27. November 1861, also binnen der sechsmonatlichen Frist, in wörtlicher Befolgung des §. 3. des Gesetzes vom 24. Mai 1861:

die Klage ist gegen diejenige Provinzialbehörde des betreffenden Verwaltungs-Ressorts zu richten;

gegen die Königliche Provinzialbehörde für Westphalen, vertreten durch den Ober-Präsidenten, gerichtet wurde, ganz von selbst, daß hiermit der also vertretene Königliche Fiscus belangt werden sollte. Auch wurde nicht hierüber gestritten, sondern der Einwand der fehlenden Passivlegitimation darauf gegründet, daß nicht die Provinzialbehörde oder das Ober-Präsidium, sondern die Königliche Regierung die zu belangende fiscalische Station sei. Dieser Einwand ist dann aber durch das rechtskräftige Erkenntniß vom 2. Mai 1863 verworfen, und eben dadurch anerkannt, daß das Königliche Ober-Präsidium, als Vertreter des Königlichen Fiscus, der richtige Verklagte sei. Wenn sodann auch das rubrum dahin ergänzt worden ist:

„wider den Königlichen Fiscus, vertreten durch das Königliche Ober-Präsidium der Provinz Westphalen, Verklagten"

so ist darin keine Veränderung des ursprünglichen Verklagten,

Digitized by Google

sondern nur derselbe Verklagte, der ursprünglich belangt war, zu finden.

Dieser Angriff erscheint daher ebenfalls als verfehlt.

3. Der Appellations-Richter hat den Einwand der Verjährung, bezüglich der vor 1857 fällig gewordenen Raten verworfen, weil im vorliegenden Falle von Verjährung überhaupt nicht die Rede sein könne, zufolge der §§. 528. 529. Thl. I. Tit. 9. A. L. R., welche hier Anwendung fänden. Denn der Rechtsweg zur Geltendmachung des fraglichen Anspruchs sei früher ausgeschlossen gewesen und erst durch das Gesetz vom 24. Mai 1861 gestattet. Agere non valenti, non currit praescriptio. Auch das Gesetz vom 31. März 1838 §§. 2. 9. und 10. spreche nicht für den Verklagten. Nach §. 2. sollten allerdings Ansprüche der vorliegenden Art in vier Jahren verjähren. Allein es sei hier von der Verjährung durch Nichtgebrauch die Rede, es werde mithin vorausgesetzt, daß man sein Recht durch Klage habe verfolgen können, was hier nicht zutreffe. Nach §. 9. könne bei Forderungen der in Rede stehenden Art auch nach Ablauf der im §. 2. bestimmten vierjährigen Verjährungsfrist eine neue Verjährung nicht anfangen, weil durch die Anmeldung des Anspruchs bei der competenten Verwaltungsbehörde jede Verjährung unterbrochen werde.

Der Implorant rügt hier insbesondere die Verletzung der Allerh. Cabinets-Ordre vom 7. Juli 1830, des Gesetzes vom 24. Mai 1861, der §§. 528. 529. Tit. 9. Thl. I. A. L. R. und der §§. 2. 9. und 10. des Gesetzes vom 3. März 1838.

Diese Beschwerde erscheint begründet.

Wenn das Gesetz vom 31. März 1838 §. 2. Nr. 5. von Pensionen und Besoldungen u. s. w. redet ohne die Verjährung der dem Rechtswege nicht unterworfenen auszu-

Digitized by Google

schließen, wenn ferner unter Nr. 8. ausdrücklich Gefälle erwähnt werden, die nur im Beschwerdewege erstattet verlangt werden konnten, und wenn dann im §. 9. gesagt ist:

„Bei denjenigen Forderungen, bei welchen ein processualisches Verfahren vor Gericht nicht zulässig ist, wird jede Verjährung durch schriftliche Anmeldung des Anspruchs bei der competenten Verwaltungsbehörde unterbrochen,"

so ist schon hiernach die Annahme gerechtfertigt, daß das Gesetz ohne Rücksicht auf die Unzulässigkeit ihrer Klagbarkeit im Proceßwege, die Forderungen der in Rede stehenden Art der im Gesetze angeordneten kürzeren Verjährung hat unterwerfen wollen. Denn von einer Unterbrechung einer Verjährung konnte nur dann die Rede sein, wenn die Verjährung überhaupt beginnen und fortlaufen konnte. Das Gesetz hat daher offenbar die §§. 528. 529. Thl. I. Tit. 9. des A. L. R., lautend:

Gegen den, welchem das rechtliche Gehör versagt wird, kann keine Verjährung angefangen werden.

Auch wenn ein solches Hinderniß im Laufe der Verjährung eintritt, wird die Fortsetzung derselben so lange unterbrochen, als das Hinderniß dauert;

auf die Verjährung dieser Forderungen nicht für anwendbar erachtet. Es ist auch nicht vorauszusetzen, daß man zum Nachtheil des Verpflichteten diesen von der Wohlthat des Gesetzes habe ausschließen wollen. Außerdem war aber den Civilbeamten wegen ihrer Diensteinkünfte und Emolumente das rechtliche Gehör früherhin nicht völlig versagt, ihnen vielmehr zufolge Allerh. Cabinets-Ordre vom 7. Juli 1830 freigestellt, ihre Ansprüche im Wege des darin angeordneten Verfahrens durch Reclamation an das Staats-Ministerium geltend zu machen, welches die der Reclamation zum Grunde liegenden factischen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln,

Digitized by Google

von dem Anerkenntnisse der Thatsachen Seitens der Behörde sowohl als der Beamten sich zu vergewissern, und demnächst die Prüfung der Beschwerde mit Beobachtung der in der Allerh. Cabinets-Ordre vom 21. Februar 1823 zu 5. (Ges. S. S. 26.) festgesetzten Formen sich zu unterziehen und darüber Beschluß zu fassen hatte, der alsdann dem Beamten mit den Entscheidungsgründen mitzutheilen war. — v. Kamptz Jahrbücher Bd. 36. S. 294. — Wenn aber der vorige Richter den §. 9. des Gesetzes vom 31. März 1838 dahin auffaßt, daß dadurch die Verjährung für alle Zeit unterbrochen sei, so übersieht er, daß der §. 10. bestimmt:

„Beginnt nach erfolgter Unterbrechung eine neue Verjährung, so genügt zu deren Vollendung eine der ursprünglichen gleichkommende Frist."

Diese Bestimmung erscheint auch hier anwendbar. Die §§. 8—10. enthalten Vorschriften, welche die Verjährung überhaupt betreffen, und wenn im §. 9. von jeder Verjährung die Rede ist, so kann darunter nur eine Unterbrechung jeder Art von Verjährung, nicht aber „für alle Zeit" verstanden werden. Die Entscheidung des vorigen Richters unterliegt daher rücksichtlich dieser, nach §. 2. Nr. 5. a. a. O. allerdings verjährten Rückstände der Vernichtung und es war eben deshalb auch in der Sache selbst auf die Appellation des Verklagten das erste Urtel, das auf demselben Grunde der früher untersagten Klagbarkeit solcher Ansprüche beruht, in diesem Punkte abzuändern. Mit Rücksicht zugleich auf §. 5. Nr. 3. a. a. O. waren daher die Rückstände abzuerkennen, welche am 1. Januar 1861 wegen Ablaufs der vier Jahre verjährt waren, und nur die Rückstände seit dem 1. Januar 1857 nebst den Verzugszinsen davon zuzusprechen. Denn was die Beschwerde über Verletzung des Gesetzes vom

Digitized by Google

7. März 1845, wegen der zuerkannten Verzugszinsen, betrifft, so muß der Verklagte von den Quartalraten der nicht verjährten Rückstände der vierteljährlich postnumerando zu zahlenden Remuneration nach jenem Gesetze allerdings Verzugszinsen entrichten, und es erledigt sich hiermit insoweit auch diese Beschwerde.

№ 37.

Zulässigkeit des Rechtsweges über vermögensrechtliche Ansprüche der Staatsbeamten.

Findet der Rechtsweg über vermögensrechtliche Ansprüche der Staatsbeamten, welche aus ihrem Dienstverhältnisse vor Eintritt der Gesetzeskraft des Gesetzes vom 24. Mai 1861 herrühren, nur dann statt, wenn die darüber ergangene Entscheidung des Verwaltungs-Chefs in den letzten sechs Monaten vor Verkündung dieses Gesetzes getroffen worden ist?

Gesetz, betr. die Erweiterung des Rechtsweges, vom 24. Mai 1861 §. 2. (Ges. S. S. 242.)

Königliche Cabinets-Ordre vom 7. Juli 1830 und Circular-Rescript des Justiz-Ministers vom 12. November 1830 (v. Kamptz Jahrbücher für Preußische Gesetzgebung Bd. 36. S. 294.).

Der Domainen-Rentmeister E. war mit einem Theile seines Anspruches auf Gewährung einer bestimmten Remuneration für ein ihm zeitweise übertragen gewesenes Nebengeschäft, durch Verfügung des Königlichen Finanz-Ministers

Digitized by Google

vom 27. September 1856 zurückgewiesen worden; er unterließ den gegen diese Entscheidung damals zulässigen Beschwerdeweg einzulegen, wurde mit einer im Jahre 1860 erhobenen, nach der derzeitigen Gesetzgebung unzulässigen Klage durch Decret zurückgewiesen, erhob aber nach dem Erscheinen des Gesetzes vom 24. Mai 1861, am 8. August desselben Jahres, von Neuem Klage gegen den Fiscus, die auch eingeleitet ward.

Das Erkenntniß erster Instanz, des Kreisgerichts zu Wetzlar, vom 7. März 1862, verurtheilte den Fiscus zur Zahlung des geforderten Betrages, unter Verwerfung aller von demselben erhobenen Einwendungen, zu denen auch die Einrede gehörte, daß der Rechtsweg ungeachtet des Gesetzes vom 24. Mai 1861 unstatthaft sei. Der Justiz-Senat zu Ehrenbreitenstein erkannte dagegen, auf die Appellation des Verklagten am 17. November 1862 auf Grund der eben erwähnten Einrede die Abweisung des Klägers, und erachtete deshalb eine Erörterung aller anderen Streitfragen für überflüssig.

In Folge der vom Kläger eingelegten Revision ist vom fünften Civil-Senate des Ober-Tribunals am 30. Juni 1863 erkannt worden:

daß das Appellations-Urtel aufzuheben, statt dessen der Rechtsweg über die vom Kläger erhobene Klage für zulässig zu erachten und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung in die zweite Instanz zurückzuweisen.

Gründe.

Die Revision erscheint begründet. Der Appellations-Richter hat die vom Kläger am 8. August 1861 gegen den Königlichen Fiscus, vertreten durch die Königliche Regierung zu Coblenz, auf Zahlung einer monatlichen Remuneration von 25 Thlr. für die Zeit vom 1. Januar 1852 bis zum 1. Februar 1855 für die Verwaltung der Steuercassen

Digitized by Google

Braunfels und Hohenfolms gerichtete Klage, abweichend vom ersten Richter, wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges, abgewiesen. Er gründet sich dabei auf den §. 2. des Gesetzes vom 24. Mai 1861 über die Erweiterung des Rechtsweges, indem er diesen Paragraphen dahin auslegt, daß bei allen, vor dem Erscheinen des eben bezogenen Gesetzes durch den Verwaltungs-Chef entschiedenen Sachen, der Rechtsweg nur dann zulässig sei, wenn die Entscheidung in den letzten sechs Monaten vor der Emanation des Gesetzes getroffen, alle ältere Sachen der Art aber — und dazu gehöre der vorliegende Fall, weil thatsächlich die Entscheidung des Finanz-Ministers über den Anspruch des Klägers bereits am 27. September 1856 erfolgt sei — vom Rechtswege ausgeschlossen blieben.

Dieser rechtlichen Ansicht kann indessen in keiner Weise beigepflichtet werden.

Vor dem Gesetze vom 24. Mai 1861 war der Rechtsweg über Ansprüche der Beamten wegen ihrer vermeintlich entzogenen Diensteinkünfte überhaupt nicht zulässiig. Die Allerhöchste Ordre vom 7. Juli 1830 und das auf Grund derselben erlassene Circular-Rescript des Justiz-Ministers vom 12. November nämlichen Jahres, bestimmte nämlich:

> Wenn ein Civilbeamter meint, daß ihm in seinen Diensteinkünften — Gehalt oder zugesicherten Emolumenten — etwas unrechtmäßig entzogen sei, oder daß ihm an Diäten und Auslagen ein unbegründeter Abzug gemacht sei, so finde der Rechtsweg hierüber nicht statt, sondern es sei nur der Recurs an das vorgesetzte Ministerium und demnächst an das Staats-Ministerium, resp. an des Königs Majestät zulässig.

Dieser Zustand der Dinge sollte durch das Gesetze vom 24. Mai 1861 geändert werden. Die vermögensrechtlichen

Digitized by Google

Ansprüche der Staatsbeamten aus ihrem Dienstverhältnisse sollten im Wege der Klage vor Gericht geltend gemacht werden können, unter den Modalitäten, die das Gesetz selbst an die Hand giebt.

Der §. 1. des Gesetzes bestimmt hiernach:

Ueber vermögensrechtliche Ansprüche der Staatsbeamten aus ihrem Dienstverhältnisse, insbesondere über Ansprüche auf Besoldung, Pension oder Wartegeld findet mit folgenden Maaßgaben der Rechtsweg statt.

§. 2. Die Entscheidung des Verwaltungs-Chefs muß der Klage vorhergehen, und letztere dann bei Verlust des Klagerechts innerhalb sechs Monaten von der Bekanntmachung jener Entscheidung an angebracht werden.

§. 7. besagt dann:

So weit über vermögensrechtliche Ansprüche der Staatsbeamten bereits vor dem Eintritte des §. 1. von dem Könige und dem Staats-Ministerium entschieden worden ist, können dieselben bei Gericht nicht weiter verfolgt werden.

§. 8. endlich hebt alle den §§. 1—7. entgegenstehenden Bestimmungen auf.

Der Standpunkt des gegenwärtigen Gesetzes und seine Oeconomie, sowie sein Verhältniß zu der früheren Gesetzgebung liegt hiernach klar vor. Der §. 7. des Gesetzes vom 24. Mai 1861 bestimmt die Fälle, welche von der Herrschaft desselben ausgeschlossen sind. Der §. 2. bestimmt dagegen Form und Frist für die Geltungmachung der vermögensrechtlichen Ansprüche, welche der Anwendbarkeit des Gesetzes überhaupt unterworfen sind, bezüglich deren also der Rechtsweg noch zulässig sein soll.

Ausgeschlossen von der Herrschaft des Gesetzes sind nach

Digitized by Google

den klaren und bestimmten Worten des §. 7. nur die vor dem Eintritt der Gesetzeskraft des §. 1. des Gesetzes von des Königs Majestät oder dem Staats-Ministerium bereits entschiedenen Sachen der in Rede stehenden Art.

Von selbst folgt hieraus, daß die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten, über welche beim Eintritt der Gesetzeskraft des §. 1. des Gesetzes bloß vom Verwaltungs-Chef entschieden war, der Herrschaft dieses Gesetzes anheim fielen, und das Argumentum e contrario aus den Worten des §. 7. erscheint um so unbedenklicher, als für die früher von dem Staats-Ministerium oder des Königs Majestät entschiedenen Sachen das Motiv nahe lag, daß bezüglich ihrer die Stadien des Recurses im Verwaltungswege bereits durchlaufen seien, die Sache also als erledigt betrachtet werden konnte, dies Motiv aber für die erst vom Verwaltungs-Chef entschiedenen Fälle nicht zutrifft.

Ist dies aber richtig und verbleiben die Fälle, wo bloß der Verwaltungs-Chef vor dem Eintritt der Gesetzeskraft des §. 1. des Gesetzes vom 24. Mai 1861 über die Ansprüche des Beamten entschieden hat, der Anwendbarkeit dieses Gesetzes, so kann es auch nicht einen Augenblick zweifelhaft sein, daß in Bezug auf derartige Sachen die im §. 2. des Gesetzes zur Anhebung der Klage bestimmte Frist von sechs Monaten unter allen Umständen nicht vor dem Eintritt der Gesetzeskraft des Gesetzes ihren Lauf beginnen kann. Denn ein neues Gesetz, welches für gewisse Ansprüche erst eine gerichtliche Klage gewährt, und für die Erhebung derselben eine Frist bestimmt, bringt es von selbst mit sich, daß der Beginn der Frist zur Erhebung der Klage jedenfalls nicht vor einer Zeit liegen kann, wo es weder Klage noch Frist gab.

Eine selbstverständliche Folge hiervon ist aber wiederum, daß die Bestimmung des §. 2. des allegirten Gesetzes vom

Digitized by Google

24. Mai 1861, wonach der Klage des Beamten die Entscheidung des Verwaltungs-Chefs vorangehen, und letztere dann bei Verlust des Klagerechts innerhalb sechs Monaten vor der Bekanntmachung jener Entscheidung angebracht werden müsse, für den Fall, wo nur eine vom Verwaltungs-Chef vor dem Eintritte der Gesetzeskraft des Gesetzes erlassene und bekannt gemachte Entscheidung vorliegt, einer Deutung rechtlich nicht fähig ist, welche die sechsmonatliche Frist, und folgeweise die Zulässigkeit der Klage, vom Datum jener Entscheidung resp. ihrer Bekanntmachung abhängig machen will.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob der Beamte nicht in diesem Falle unter der Herrschaft des Gesetzes eine neue Entscheidung des Verwaltungs-Chefs provociren, und von dieser Entscheidung ab noch die sechsmonatliche Frist für sich in Anspruch nehmen könne; soviel bleibt immer gewiß, daß die Frist von sechs Monaten nicht vor dem Eintritte der Gesetzeskraft des die Klage gewährenden Gesetzes ihren Lauf beginnen kann, und daß diese Frist jedenfalls auch gewahrt erscheint, wenn mit Rücksicht auf die vorher ergangene Entscheidung des Verwaltungs-Chefs die Klage innerhalb der sechs Monate vom Eintritte der Gesetzeskraft des Gesetzes erhoben ist.

Der Appellations-Richter hat daher, indem er dem §. 2. des Gesetzes vom 24. Mai 1861 die Deutung unterlegte, daß danach bei allen vor dem Erscheinen dieses Gesetzes durch den Verwaltungs-Chef entschiedenen Sachen der Rechtsweg nur dann zulässig sei, wenn die Entscheidung in den letzten sechs Monaten vor Emanation des Gesetzes getroffen worden, im Uebrigen aber alle älteren Sachen vom Rechtswege ausgeschlossen seien, und auf dieser Grundlage im gegenwärtigen Falle die am 8. August 1861 mit Rücksicht auf die bereits am 24. September 1856 erfolgte Entscheidung des Verwal-

Digitized by Google

tungs-Chefs erhobene Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückwies, — nicht nur den richtigen Sinn dieser gesetzlichen Bestimmung verkannt, sondern sich auch mit der Vorschrift des §. 7. dieses Gesetzes und den allgemeinen Grundsätzen über die Anwendung neuer Gesetze in Widerspruch gesetzt. Seine Entscheidung konnte daher nicht aufrecht erhalten werden.

Der Revise macht zwar noch geltend, daß der Revident sich bei der im Jahre 1856 erfolgten Entscheidung des Verwaltungs-Chefs dadurch thatsächlich beruhigt, daß er ohne Vorbehalt die ihm anderweitig bewilligten Remunerationen angenommen, und das Zuvielgezahlte zurückerstattet habe. Aber wenn eine solche Beruhigung dem §. 7. des mehrcitirten Gesetzes vom 24. Mai 1861 gegenüber überhaupt von Bedeutung sein könnte, so verdient diese Behauptung des Revisen doch keine weitere Beachtung, da der Appellations-Richter selbst von einem solchen Acte der Beruhigung überall nicht ausgeht, und in der That eine solche auch nicht vorliegt.

Unter Aufhebung der angegriffenen Entscheidung mußte hiernach der Rechtsweg in Bezug auf die am 8. August 1861 erhobene Klage für zulässig erachtet werden.

Eine weitere Entscheidung in der Sache selbst konnte inzwischen hier nicht eintreten, da der Appellations-Richter über die fernere formelle Einrede des Verklagten, welche das forum betrifft, sowie über die übrigen materiellen Einwendungen desselben, welche noch näherer factischer Erörterung unterliegen, nicht entschieden hat.

Es hat demnach überall, wie geschehen, erkannt werden müssen.

Digitized by Google

№ 38.

Zulässigkeit des Rechtsweges über vermögensrechtliche Ansprüche der Staatsbeamten aus ihrem Dienstverhältnisse.

Sind Ansprüche der Richter auf Reisekosten und Diäten für die, in Parteisachen abgehaltenen, Localtermine vom Rechtswege ausgeschlossen?

Gesetz vom 24. Mai 1861, betreffend die Erweiterung des Rechtsweges (Ges. S. S. 242.) §. 1.

Verordnung vom 2. Januar 1849 (Ges. S. S. 11.) §. 35.

Der Kreisgerichts-Rath S. zu Stargard hat als Mitglied der zweiten Abtheilung des dortigen Kreisgerichts, wie er behauptet, auf einstimmigen Beschluß des Collegii, also mit Genehmigung des Abtheilungs-Dirigenten, in der H.schen und Sch.schen Vormundschafts-Sache zwei Localtermine zur Abschätzung von Grundstücken, unter 5000 Thlr. an Werth, abgehalten und dafür 6 Thlr. 15 Sgr. resp. 3 Thlr. 15 Sgr. zusammen 10 Thlr. an Reisekosten und Diäten liquidirt, auch nach erfolgter Festsetzung und Anweisung aus der Salarien-Casse gezahlt erhalten. Die Oberrechnungs-Kammer hat diese beiden Posten monirt, das Monitum ist vom Appellations-Gericht zu Stettin für begründet erachtet, auch vom Herrn Justiz-Minister aufrecht erhalten, und die 10 Thlr. sind im Wege der Execution von dem Gehalte des Kreisgerichts-Raths S. wieder eingezogen. Der Letztere ist jedoch der Ansicht, daß ihm die 10 Thlr. Reisekosten und Diäten gesetzlich gebühren, und er hat deshalb auf Grund

Digitized by Google

des Gesetzes, betreffend die Erweiterung des Rechtsweges, vom 24. Mai 1861 gegen den Justizfiscus klagend beantragt, den Verklagten zu verurtheilen, ihm die fr. 10 Thlr. zu zahlen, resp. zu erstatten. Der Verklagte hat dem klägerischen Anspruche präjudiciell den Einwand der Unzulässigkeit des gerichtlichen Verfahrens entgegengesetzt, über welchen allein verhandelt, und welcher durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Stettin vom 6. Mai und des substituirten Appellations-Gerichts zu Cöslin vom 5. December 1863 verworfen ist.

Zur Begründung seiner Entscheidung hat der Appellations-Richter ausgeführt:

Lediglich aus seinem Dienstverhältnisse entspringe für den Richter die Nothwendigkeit, sich in Parteisachen der Abhaltung von Localterminen zu unterziehen; demnach sei auch der vermögensrechtliche Anspruch auf die gesetzlich bestimmte Vergütigung dafür ein aus dem Dienstverhältnisse entstandener. In der geltend gemachten Wahrung des Interesses der Parteien und der Casse liege auch kein Grund dafür, daß der Aufsichtsbehörde selbstverständlich die ausschließliche Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des vom Richter erhobenen Anspruchs zu vindiciren sei, zumal in dieser Hinsicht sich auch die höchste controllirende Behörde, die Oberrechnungs-Kammer, nach §. 2. des Gesetzes vom 24. Mai 1861 dem Richterspruche unterwerfen müsse.

Den Hauptgrund für die behauptete Ausschließung des ebengedachten Gesetzes suche aber Verklagter darin, daß anderen Falls die Autorität der Dienstbehörde als Aufsichtsbehörde völlig gefährdet werden würde, weil dann dem Proceßrichter zustehe, darüber zu befinden, wie die

Digitized by Google

Geschäftsordnung bei den Gerichten einzurichten, was für Bestimmungen über die Art der Erledigung der Geschäfte durch die Gerichtsmitglieder darin zu treffen, und ob insbesondere Termine in loco oder an Gerichtsstelle abzuhalten seien.

Auch diese Begründung sei verfehlt. Mit alle dem, was vorstehend angegeben, werde sich der erkennende Richter nicht zu beschäftigen, er werde vielmehr lediglich darüber zu befinden haben, ob die Abhaltung eines Localtermins unter Beobachtung der für die Anberaumung bestehenden gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften erfolgt sei. Von einer Lähmung der Autorität der Aufsichtsbehörde könne aber nicht die Rede sein, wenn gegen ihre Entscheidung der Rechtsweg ohne Unterschied des Gegenstandes bis in die dritte Instanz eröffnet werde. Eine Beschränkung der bisherigen Befugnisse derselben insoweit, als dadurch vermögensrechtliche, aus dem Dienstverhältnisse entspringende Ansprüche der Beamten betroffen würden, habe aber in der Absicht des Gesetzes vom 24. Mai 1861 gelegen, und da das Letztere von einem solchen Unterschiede, wie ihn Verklagter hinsichtlich dieser Ansprüche aufstelle, nichts wisse, so könne der §. 1. a. a. O. auch nicht auf solche Ansprüche beschränkt werden, welche unmittelbar aus dem Dienstverhältnisse ohne Hinzutritt von anderen dieselben bedingenden und von den Bestimmungen der Geschäftsordnung abhängigen Thatsachen entsprängen.

Verklagter hat gegen das Appellations-Erkenntniß noch die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben, und dem Appellations-Richter Verletzung des §. 1. des Gesetzes vom 24. Mai 1861 und des §. 35. der Verordnung vom 2. Januar 1849 vorgeworfen. Die Nichtigkeits-Beschwerde ist jedoch durch das

Digitized by Google

Erkenntniß des ersten Senats des Ober-Tribunals vom 12. December 1864 zurückgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen.

Der §. 1. des Gesetzes vom 24. Mai 1861 bestimmt: Ueber vermögensrechtliche Ansprüche der Staatsbeamten aus ihrem Dienstverhältnisse, insbesondere über Ansprüche auf Besoldung, Pension oder Wartegeld, findet mit folgenden Maaßgaben der Rechtsweg statt.

Daß die Forderung von 10 Thlr. einen vermögensrechtlichen Anspruch enthält, und daß Kläger als Richter zu den Staatsbeamten gehört, versteht sich von selbst und bedarf keiner weiteren Ausführung. Es kann sich vielmehr nur fragen, ob der Anspruch des Klägers aus seinem Dienstverhältnisse herrührt? und auch diese Frage muß bejaht werden. Der allegirte §. 1. unterscheidet nicht zwischen solchen vermögensrechtlichen Ansprüchen, welche dem Beamten gegen den anderen Contrahenten des Dienstvertrages, d. h. den Fiscus, unmittelbar aus dem Dienstvertrage zustehen, und solchen Ansprüchen, welche nicht unmittelbar aus der Anstellung entstanden, sondern durch Ausübung einzelner Dienstfunctionen des Beamten herbeigeführt sind; sondern läßt allgemein den Rechtsweg über vermögensrechtliche Ansprüche der Staats-Beamten aus ihrem Dienstverhältnisse zu, und der Zusatz: „insbesondere über Ansprüche auf Besoldung, Pension und Wartegeld" ergiebt deutlich, daß nicht bloß für diese unmittelbar, aus dem Dienstverhältnisse gegen den Fiscus herzuleitende Ansprüche der Rechtsweg gestattet sein soll. Es erscheint daher auch unerheblich, daß nach der Verordnung vom 28. Juni 1825 (Ges.-S. S. 163.) und dem Allerhöchsten Erlaß vom 10. Juni 1848 (Ges.-S. S. 151.) einerseits, und nach den Gesetzen vom 9. Mai 1851 (Ges.-S.

Digitized by Google

S. 619.) und vom 9. Mai 1854 (Ges.-S. S. 273.) andererseits, zwischen Reisen in Dienstangelegenheiten und Reisen Behufs Besorgung gerichtlicher Geschäfte unterschieden wird. Denn, wenn der Richter Behufs Besorgung gerichtlicher Geschäfte zur Abhaltung von Local-Terminen Reisen unternehmen muß, so geschieht das immer nur auf Grund seines Dienstverhältnisses, auch kommt es dabei nicht darauf an, ob die Kosten eines gerichtlichen Localgeschäfts, dem Fiscus oder einer Privat-Partei zur Last fallen, da diese bis dahin bestandene Unterscheidung durch den §. 1. des Gesetzes vom 9. Mai 1851 ausdrücklich aufgehoben ist, und nach §. 11. desselben Gesetzes der festgesetzte Betrag der Diäten und Reisekosten in Parteisachen zur sofortigen definitiven Verausgabung auf die Casse angewiesen wird. Hat also Kläger, wie er behauptet, auf Grund seines Dienstverhältnisses die Local-Termine abgehalten, für welche er die seinem Anspruche zu Grunde liegenden 10 Thlr. Reisekosten und Diäten liquidirt hat, so kann den beiden Vorderrichtern darin nur beigetreten werden, daß Kläger einen vermögensrechtlichen Anspruch aus seinem Dienstverhältnisse im vorliegenden Processe verfolgt und daß darüber der Rechtsweg nach §. 1. des Gesetzes vom 24. Mai 1861 zulässig ist. Durch Verwerfung des Einwandes der Unzulässigkeit des Rechtsweges kann daher der Appellations-Richter den angezogenen §. 1. nicht verletzt haben, und die desfallsige Rüge der Nichtigkeits-Beschwerde erscheint unbegründet.

Damit beseitigt sich zugleich der fernere Vorwurf der Nichtigkeits-Beschwerde, daß der Appellations-Richter durch seine Entscheidung den §. 35. der Verordnung vom 2. Januar 1849 verletzt habe. Dieser Paragraph bestimmt:

„Beschwerden über gerichtliche Verfügungen in allen processualischen Angelegenheiten folgen sowohl in Civil- als

Digitized by Google

in Straffachen dem Instanzenzuge der gegen Erkenntnisse in diesen Angelegenheiten zulässigen Rechtsmittel.

In nicht prozessualischen Angelegenheiten ist künftig das Appellationsgericht für die Kreis- und Stadt-Gerichte seines Sprengels die alleinige Beschwerde-Instanz, so daß es bei dessen Entscheidung bewendet.

Nur solche Beschwerden, welche die Disciplin, den Geschäftsbetrieb oder Verzögerungen betreffen (§. 37. der Verordnung vom 21. Juli 1846 (Ges.-S. S. 301.) sind hinsichtlich aller Rechtsangelegenheiten im Aufsichtswege, demnach schließlich durch den Justiz-Minister zu erledigen."

Die Nichtigkeits-Beschwerde ist der Ansicht, daß durch Zulassung des Rechtsweges über Ansprüche der vorliegenden Art, der, durch das Gesetz vom 24. Mai 1861 nicht betroffenen Vorschrift dieses Paragraphen entgegen, eine neue Instanz für Parteisachen würde geschaffen werden. Diese Ansicht ist jedoch nicht richtig. Rührt der hier geltend gemachte Anspruch des Klägers aus seinem Dienstverhältnisse her, und gestattet das Gesetz vom 24. Mai 1861, wie vorstehend ausgeführt ist, über diesen vermögensrechtlichen Anspruch den Rechtsweg, so muß auch der §. 8. dieses Gesetzes zur Anwendung kommen, wonach alle, den §§. 1—7. des Gesetzes entgegenstehende Bestimmungen aufgehoben sind. Insofern also der §. 35. der Verordnung vom 2. Januar 1849 dem §. 1. des Gesetzes vom 24. Mai 1861 entgegenstehen sollte, ist derselbe durch §. 8. des Gesetzes allerdings für aufgehoben zu erachten. Der ganze Vorwurf berührt aber auch nicht die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtsweges, sondern betrifft den Anspruch selbst nach seiner Begründung, die dadurch in Abrede gestellt werden soll. Um die Beurtheilung des Anspruchs selbst handelt es sich aber noch nicht, da nur der Präjudicial-Einwand der Unzulässigkeit des Rechtsweges

Digitized by Google

zur Entscheidung vorliegt. Erst bei der Beurtheilung des Anspruchs selbst sind nach §. 6. des Gesetzes nächst den, dem Beamten ertheilten Zusicherungen und den Bestimmungen der allgemeinen Landesgesetze, die zur Zeit der Entstehung des streitigen Anspruchs in Kraft gewesenen Königlichen Anordnungen, sowie die Seitens der Central-Behörden ergangenen, den Provinzialbehörden mitgetheilten und die mit Genehmigung der Central-Behörde von den Provinzialbehörden erlassenen allgemeinen Verfügungen, soweit solche nicht den Gesetzen oder Königlichen Anordnungen zuwiderlaufen, zum Grunde zu legen.

Es wird daher erst bei Beurtheilung des Anspruchs selbst zu entscheiden sein, ob die Abhaltung der Localtermine, für welche Kläger Reisekosten und Diäten liquidirt hat, ohne zureichende Veranlassung und gesetzlichen oder reglementarischen Bestimmungen zuwider, stattgefunden hat, und in dieser Beziehung muß der Angriff der Nichtigkeits-Beschwerde als unzutreffend zurückgewiesen werden. Ueberdies bestimmt §. 2. des Gesetzes vom 24. Mai 1861, daß der Klage die Entscheidung des Verwaltungs-Chefs vorhergehen muß, und damit ist deutlich ausgedrückt, daß die Entscheidungen der vorgesetzten Behörden den gestatteten Rechtsweg nicht auszuschließen vermögen.

Hiernach mußte die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen werden.

№ 39.

Reisegelder eines Beamten in dienstlichen Angelegenheiten.

Darf ein Beamter, der in Dienstangelegenheiten eine Reise theils auf dem Landwege, theils auf der

Digitized by Google

Eisenbahn (oder dem Dampfschiffe) zu machen hat, für den Landweg, wenn derselbe weniger als eine ganze Meile, aber mehr als eine Viertelmeile beträgt, das Reisegeld für eine volle Meile, unabhängig von den Kosten der weiteren Reise auf der Eisenbahn, fordern?

Königlicher Erlaß vom 10. Juni 1848 §. 3. Nr. 2. (Nr. 1.) (Gesetz-S. S. 151.)

Der Kreisgerichts-Director N. hat zwei Dienstreisen von B. nach R. hin und zurück und zwar theilweise auf der Eisenbahn gemacht, indem er beim jedesmaligen Zu- und Abgange die, eine Drittelmeile betragende Entfernung von B. nach dem Bahnhofe K. zu Wagen zurücklegte. Für diesen Landweg hat er an Reisekosten-Vergütigung jedesmal 1 Thlr., im Ganzen 4 Thlr. erhoben, jedoch auf Erinnerung der Königlichen Ober-Rechnungs-Kammer davon 2 Thlr. erstatten müssen, und ist jetzt, seinem bei der Zahlung gemachten Vorbehalte gemäß, gegen den Fiscus auf Zurückzahlung dieser 2 Thlr. klagbar geworden, indem er sich auf Nr. 2. §. 3. des Allerhöchsten Erlasses vom 10. Juni 1848 beruft, wonach der fragliche Landweg von B. nach K. für eine volle Meile zu berechnen sei.

Der verklagte Fiscus hat unter Berufung auf Nr. 1. des §. 3. l. c. dem Anspruche widersprochen, weil die Reise auf dem Landwege nach K. als ein Theil der ganzen, mehrere Meilen umfassenden Reise nach R. anzusehen und deshalb das Meilengeld dafür nur nach der wirklichen Entfernung, in Sätzen für die einzelnen Viertelmeilen, zu berechnen sei.

Das Kreisgericht zu Ratibor hat durch Erkenntniß vom 23. Februar 1863 den Verklagten nach dem Klageantrage verurtheilt, das Appellations-Gericht zu Breslau, auf die

Digitized by Google

Appellation des Verklagten, durch Erkenntniß vom 11. Juli 1863 jedoch die erste Entscheidung abgeändert und den Kläger abgewiesen.

In Folge der vom Kläger demnächst eingelegten Nichtigkeits-Beschwerde hat der erste Senat des Ober-Tribunals durch Urtel vom 16. September 1864 das Appellations-Erkenntniß vernichtet und das erste Erkenntniß bestätigt, aus nachstehenden

Gründen.

Der §. 1. des Allerhöchsten Erlasses vom 10. Juni 1848 bestimmt diejenigen Sätze, welche an Reisekosten für Dienstreisen liquidirt werden dürfen, wenn die Reise auf Eisenbahnen oder Dampfschiffen zu machen ist, und der §. 2. diejenigen Sätze, wenn die Reise mit anderen Transportmitteln, als den erwähnten, zurückzulegen ist.

Den Fall, daß die Reise mit beiden Arten von Transportmitteln vereinigt zurückzulegen ist, hat jener Allerh. Erlaß in sofern ausdrücklich vorgesehen, daß er für die Mitnahme eines Wagens auf der Eisenbahn zum Zweck der Weiterreise eine Bestimmung getroffen hat: Nr. 3. §. 1. l. c., und wenn der Erlaß im Uebrigen für diesen Fall eine ausdrückliche Festsetzung nicht aufstellt, so ergiebt sich daraus als selbstverständlich, wie es auch das vom Verklagten angeführte im Ministerial-Blatt für die innere Verwaltung pro 1848 S. 365. abgedruckte, speciell auf die Liquidation eines Steuerbeamten bezügliche Rescript des Finanz-Ministers vom 11. December 1848 geltend macht, daß je nach der zur Anwendung gekommenen Art der Transportmittel zum Theile nach §. 1., und zum anderen Theile nach §. 2. zu liquidiren ist, da die Voraussetzung des §. 1. (Gebrauch der Eisenbahn) und des §. 2. (Gebrauch eines Wagens) nur zum Theil vorhanden ist.

Digitized by Google

Die §§. 1. und 2. finden aber ihre Ergänzung im §. 3., welcher verordnet:

1) Bei Vergütung der in den §§. 1. und 2. bestimmten Sätze wird jede angefangene Viertelmeile für eine volle Viertelmeile gerechnet.
2) Bei Dienstreisen von mehr als einer Viertelmeile, aber weniger als einer ganzen Meile, sind die Reisekosten nach einer vollen Meile zu berechnen.

Wenn nun die Reise mit, nach dem Gesetz unterschiedenen Transportmitteln gemacht ist, und die eine dieser Strecken weniger als eine volle Meile beträgt, so entsteht allerdings die Frage, ob dabei nach Nr. 1. oder nach Nr. 2. des §. 3. zu verfahren ist.

Der §. 46. der Einleitung zum Allg. Landrecht verweiset den erkennenden Richter bei Anwendung der Gesetze nicht bloß auf den nächsten Wortsinn, sondern auch auf den nächsten unzweifelhaften Grund des Gesetzes. Der Grund, weshalb die Nr. 2. §. 3. l. c. bei Reisen bis zu einer vollen Meile größere Sätze zubilligt, als verhältnißmäßig bei einer weiteren Reise, liegt nun augenscheinlich darin, daß die kürzere Reise rücksichtlich ihrer Vorbereitnng so ziemlich dieselben Mühen und denselben Zeitaufwand verursachen, also auch verhältnißmäßig mehr kosten wird, als eine etwas größere Reise.

Diese ratio legis tritt nun gleich stark hervor; gleichviel ob Kläger überhaupt nur bis zur Eisenbahn-Station K. fuhr, oder ob er dort nicht verblieb und auf der Eisenbahn weiter reisete. Der Einwurf aber, daß bei einer größeren Reise und desfallsigen höheren Gebühren-Liquidation ein derartiger Nachtheil sich leichter ausgleichen werde, ist rechtlich nicht stichhaltig; denn die betreffenden Verordnungen über die Tagegelder und Reisekosten haben, wie sowohl der Erlaß

Digitized by Google

vom 10. Juni 1848, als auch die Verordnung vom 28. Juni 1825 (Gesetz.-S. S. 163.) an die Spitze ihrer Bestimmungen hinstellen, den leitenden Grundsatz, das Bedürfniß des Beamten mit der möglichsten Ersparniß für die Staatscassen auszugleichen. Es muß daher angenommen werden, daß jede einzelne Position des Tarifs auch nur dem Bedürfniß dieser einzelnen Position entspricht und keinen Ueberschuß für andere Positionen gewährt.

Macht nun der Gebrauch verschiedener Transportmittel zwei Berechnungen nach zwei verschiedenen Grundsätzen nothwendig, so ergiebt sich auch die Nothwendigkeit, jede Reisestrecke für sich und besonders zu berechnen, weil ein Zusammenziehen der beiderseitigen Meilenzahl, z. B. wenn beide Strecken mit etwas weniger, als einer Viertelmeile überschießen, gänzlich unausführbar ist, da nur nach Viertelmeilen gerechnet werden soll, wie denn auch die §§. 1. und 2. schon ihres Wortinhalts wegen nicht copulativ, sondern disjunctiv aufgefaßt werden müssen.

Setzt man aber jede dieser beiden Ueberschüsse für je eine volle Viertelmeile an, so wird damit schon das Princip, daß nur eine Reise im Ganzen vorliege, aufgegeben, und ist dies geschehen, so steht dann auch der Anwendung der Nr. 2. §. 3. nichts entgegen.

Der Appellations-Richter hat demnach den §. 2. und 3. des gedachten Erlasses unrichtig angewendet und da Implorant die Verletzung derselben durch unrichtige Anwendung gerügt hat, so ist das Appellations-Erkenntniß zu vernichten. Denn die in demselben angezogene Verfügung des Finanz-Ministers vom 11. December 1848 hat nicht einmal das Gegentheil ausdrücklich ausgesprochen, sondern enthält nur in Bezug auf die damals vorliegende Liquidation den Passus:

Nr. 3. Die von diesem Endpunkte (der Eisenbahn) annoch

Digitized by Google

zurückzulegende Wegestrecke ist lediglich als eine Fortsetzung der angefangenen Reise anzusehen.

Dieser Passus läßt aber verschiedene Beziehungen zu und ist daher schon an sich nicht entscheidend. Das Gesetz vom 9. Mai 1851 aber stellt ein anderes Princip auf, bezieht sich auf den vorliegenden Fall nicht und kann daher auch nicht analog angewendet werden.

Aus dieser Ausführung ergiebt sich für die Entscheidung in der Sache selbst, daß der Anspruch des Klägers rechtlich begründet ist, und daß daher das erste Erkenntniß, welches den Verklagten nach dem Klageantrage verurtheilt hat, auf die Appellation des Letzteren zu bestätigen ist.

№ 40.

Befreiung von Patronatslasten.

Wird der Besitzer eines, seiner Substanz nach nicht aus liegenden Gründen, sondern wesentlich nur aus Realberechtigungen bestehenden Guts, mit welchem das Patronat verbunden ist, nach erfolgter Aufhebung oder Ablösung dieser Berechtigungen ohne Weiteres von der Verpflichtung, die Patronatslasten zu tragen, frei?

A. L. R. Thl. II. Tit. 11. §§. 568. 578—580. 584. 598. 610. 616. 617.,
Thl. I. Tit. 19. §§. 30. 31.

Das Gut S. besteht aus zwei Antheilen. Der Besitztitel des ersten Antheils steht im Hypothekenbuche der Rittergüter des Zauch-Beliziger Kreises für den Major a. D. v. G.

Digitized by Google

eingetragen. Der zweite Antheil gehört der Königlichen Domkirche zu B. Mit beiden Antheilen war, soviel bekannt, seit dem Ende des siebzehnten Jahrhunderts kein Grundbesitz verbunden. Die gutsherrlichen Rechte der Besitzer bestanden vielmehr nur in dem Jagdrechte, in der Patrimonial-Gerichtsbarkeit einschließlich der Polizei-Verwaltung, in dem Rechte auf verschiedene von den Einsassen zu entrichtende Prästationen und in dem halben Patronate über die Kirche in S. Von diesen Gerechtsamen des Guts-Antheils I. sind das Jagdrecht und die Patrimonial-Gerichtsbarkeit durch die Gesetze vom 31. October 1848 und 2. Januar 1849 aufgehoben, die Prästationen aber in Folge des Gesetzes vom 2. März 1850 (durch den am 3. December 1853 von der Königlichen General-Commission bestätigten Receß) gegen Rentenbriefe, welche der Besitzer Major v. G. ausgehändigt erhalten hat, abgelöst worden. Im Jahre 1859 stellte sich die Nothwendigkeit, das Küster- und Schulhaus zu S. neu zu bauen, heraus. Dabei entstand unter den Parteien rücksichtlich der Kirchen-Patronatsbaulast, zu dem das eigentliche Küsterei-Gebäude betreffenden Baue die Hauptmaterialien unentgeltlich herzugeben, Streit, in Folge dessen von der Königlichen Regierung zu Potsdam durch das, am 8. Februar 1862 Seitens des Cultus-Ministers bestätigte, Resolut vom 30. September 1861 interimistisch festgesetzt wurde, daß das Königliche Dom-Collegium die gesammten Patronatslasten zu diesem Baue zu leisten habe, und zwar, weil mit Rücksicht darauf, daß die Patonatslast unbestritten eine Reallast des Guts-Antheils I. gewesen, diese verpflichtete Sache aber, und mit ihr alle daran haftenden Rechte und Verbindlichkeiten untergegangen seien, abgesehen von einem dem Mitpatron und der Kirchengemeinde etwa zustehenden Entschädigungs-Anspruche, eine directe Verpflichtung des gewesenen Besitzers zur Erfüllung der Patro-

Digitized by Google

natspflichten nicht mehr geltend gemacht werden könne, weshalb bei der solidarischen Natur des, mehren Gütern über dieselbe Kirche zustehenden Patronats, das Domkirchen-Collegium als Besitzer des Guts-Antheils I. in gleicher Weise, als ob es allein Patron wäre, für haftbar erachtet werden müsse.

Gegen dieses Resolut hat die Domkirche, vertreten durch das Kirchen-Collegium, den Rechtsweg beschritten, und, weil das Gut S. ersten Antheils keinesweges untergegangen sei, jedenfalls aber das Patronat noch fortbestehe, gegen den Major v. G. mit dem Antrage geklagt:

daß das auf seinem Guts-Antheil I. von S. haftende halbe Patronat über die dortige Kirche für nicht erloschen zu erachten und demgemäß der Verklagte schuldig, den ihm vermöge jenes halben Patronats beim gegenwärtigen Baue des Schul- und Küsterhauses zur Last fallenden Kostenbeitrag, dessen Feststellung event. in separato vorzubehalten, zu übernehmen; —

indem sie zugleich unter Beweis stellte, daß der Verklagte noch nach beendetem Ablösungs-Verfahren verschiedene Patronatsrechte, sowie die Polizei-Verwaltung ausgeübt habe.

Der Verklagte bestreitet dies und widerspricht dem Klageantrage, weil die Patronats-Rechte und Verbindlichkeiten sub- und objectiv dinglicher Natur seien, weil die auf Antrag der bäuerlichen Wirthe abgelösten Prästationen, an deren Stelle er die Rentenbriefe erhalten habe, so wenig wie diese Letzteren in irgend einer Weise Bezug auf das Patronat gehabt, das Aequivalent desselben vielmehr die ohne Entschädigung aufgehobenen Berechtigungen der Jagd und der Gerichtsbarkeit gebildet hätten, und weil, nachdem somit ohne sein Zuthun der ganze ihm zugehörig gewesene Guts-Antheil in Wegfall

Digitized by Google

gekommen, also untergegangen sei, auch die darauf haftend gewesenen Verpflichtungen aus dem Patronate erloschen seien.

Vom Kreisgericht in Potsdam ist im Anschluß an diese Ausführungen des Verklagten durch Erkenntniß vom 25. November 1863 die Klägerin abgewiesen worden, auf deren Appellation aber hat das Kammergericht am 9. Juni 1864 den Verklagten nach dem Klageantrage verurtheilt, und diese Entscheidung ist auf die Revision desselben vom ersten Senate des Ober-Tribunals am 3. April 1865 bestätigt worden, aus folgenden

Gründen.

Das Allgemeine Landrecht enthält im achten Abschnitte des Tit. 11. Thl. II. von Kirchen-Patronen folgende Vorschriften:

§. 568. Derjenige, welchem die unmittelbare Aufsicht über eine Kirche nebst der Sorge für deren Erhaltung und Vertheidigung obliegt, wird der Kirchen-Patron genannt.

§. 578. In wiefern das Patronats-Recht nur der Person des Erwerbers und seinen Erben oder einer gewissen Familie zukomme oder mit einem Amte, oder mit dem Besitze eines Guts verbunden sei, ist in vorkommenden Fällen nach den darüber sprechenden Erwerbungs-Urkunden zu bestimmen.

§. 579. Im zweifelhaften Falle wird vermuthet, daß das Kirchen-Patronat auf einem Gute oder Grundstücke hafte.

§. 580. Dergleichen Patronat kann von dem Gute, auf welchem es bisher gehaftet hat, ohne ausdrückliche Einwilligung der geistlichen Oberen nicht abgesondert werden.

§. 584. Die dem Patrone obliegende Sorge für die Erhal-

Digitized by Google

tung der Kirche begreift die Pflicht, dazu bei Ermangelung eines hinlänglichen Kirchenvermögens aus eigenen Mitteln beizutragen, in sich.

Sodann folgen, nachdem in den §§. 585. ff. von den ehrenkirchen- und vermögensrechtlichen Befugnissen gehandelt ist, die Bestimmungen:

§. 598. Die Ausübung des auf einem Gute haftenden Patronatsrechts gebührt demjenigen, welchem das bürgerliche Eigenthum (dominium civile) des Guts zukommt.

§. 610. Niemand kann ohne ausdrückliche Einwilligung der Gemeinde und ohne Genehmigung der geistlichen Oberen des Patronatsrechts und der damit verbundenen Obliegenheiten sich begeben.

§§. 616. 617. Ein Collegium, Corporation oder Commune, denen das Kirchen-Patronat zukommt, kann zwar die Ausübung desselben Jemanden aus seinen Mitteln übertragen oder selbige mit einem gewissen Amte verknüpfen, kann sich aber dadurch der zum Patronate gehörigen Pflichten zum Nachtheile der Kirche nicht entledigen.

Hiernach hat das Kirchen-Patronat auch nach den landrechtlichen Vorschriften eine doppelte Natur, nämlich einmal eine privatrechtliche, und sodann eine außerhalb des Gebietes und der Grenzen des Privatrechts hinausreichende kirchenstaatsrechtliche Bedeutung. In privatrechtlicher Beziehung hat unbedenklich das auf einem Gute haftende Patronat eine zweifache, sub- und objectiv dingliche Beschaffenheit, in sofern mit dem Besitze des Guts sowohl die Befugniß, die dem Patrone der Kirche gegenüber zustehenden Rechte auszuüben, als die Pflicht, den ihm dieser gegenüber obliegenden Verbindlichkeiten nachzukommen, verbunden ist. Und in sofern läßt sich mit Rück-

Digitized by Google

ſicht auf dieſe unzertrennliche Verbindung von Recht und Verpflichtung allerdings annehmen, daß die Patronatslaſt die Natur einer auf dem betreffenden Gute haftenden Reallaſt habe, und ebenſo mit dem Beſitze des Guts auf den neuen Beſitzer übergehe, als mit dem Aufhören des Beſitzes für den bisherigen Beſitzer aufhöre. Allein wenn es auch nicht bezweifelt werden kann, daß die berechtigte Kirche eben auf Grund der objectiv dinglichen Natur des Patronats-Verhältniſſes wegen der dem Patrone obliegenden Bauverpflichtungen ſich an die Einkünfte und event. die Subſtanz des Guts, mit welchem das Patronat verbunden iſt, halten kann, ſo iſt ſie doch nicht gleich anderen nur Realberechtigten hierauf beſchränkt, ſondern der jeweilige Patron iſt ihr (§. 584.) auch aus eigenen Mitteln zur Leiſtung der, vermöge der ihm für die Erhaltung der Kirchengebäude obliegenden Sorge zu gewährenden Beiträge, verpflichtet, die Beitragsleiſtung beſtehe nun in der landrechtlichen Verpflichtung, eine Quote der Geldbeiträge zu zahlen, oder in der, nach dem Märkiſchen Provinzial-Rechte beſtehenden Verpflichtung, die Haupt-Baumaterialien unentgeltlich zu gewähren. Hierüber kann kein Bedenken obwalten. Denn die Eigenſchaft als Patron begründet für ſich allein die Pflicht zur Erhaltung der Kirchengebäude, ſo wie die daraus folgende Verpflichtung, zu den dazu erforderlichen Koſten beizutragen, und iſt nicht von ſeinen gutsherrlichen Rechten abhängig oder bedingt, ſondern ſteht vielmehr ſeinen Patronats-Rechten gegenüber. Dieſe ſind aber kirchlicher und politiſcher Natur, weshalb das Geſetz einerſeits für den Fall, daß der Beſitzer des Guts für ſeine Perſon an deren Ausübung behindert — §§. 582. 583. und Verordnung vom 30. Auguſt 1816 (Geſ.-Samml. S. 207.), — demſelben im öffentlichen Intereſſe dennoch die Beſtreitung der Patronatsleiſtungen aus dem Gute auferlegt, andrerſeits

Digitized by Google

aber durch die Vorschriften der §§. 580. 610. 617. ausdrücklich bestimmt, daß kein Patron ohne ausdrückliche Einwilligung der Gemeinde und Genehmigung der geistlichen Oberen, von der Verbindlichkeit zur Tragung der Patronatslasten durch Trennung des Patronats von seinem Gute, oder sonst durch Aufgeben desselben frei werden kann. Das Patronat ist eben kein bloßes Zubehör des Guts im privatrechtlichen Sinne; aber auch als solches betrachtet, würde der Patron durch Entsagung auf den Gebrauch seines Rechts von den ihm als Patron obliegenden Verbindlichkeiten nicht frei werden, — §. 30. Tit. 19. Thl. I. A. L. R. — vielmehr nach §. 31. a. a. O. eine solche Befreiung nur dann beansprucht können, wenn er ohne sein Zuthun außer Stand gesetzt wird, sich seiner Patronats-Rechte ferner zu bedienen.

Dies vorausgeschickt kommt im vorliegenden Falle in Betracht, daß zu den beiden Gutsantheilen von S. soviel bekannt, seit Ende des siebzehnten Jahrhunderts keine Ländereien gehört haben, und daß namentlich der dem Verklagten gehörige Gutsantheil I., welcher im Hypothekenbuche der Rittergüter des Z.-B.er Kreises ein besonderes Folium hat, neben dem Jagdrechte, der Patrimonial-Gerichtsbarkeit einschließlich der Polizei-Verwaltung und dem halben (resp. mit dem Gutsantheil II. gemeinschaftlichen) Patronate über die Kirche in S. nur aus der Berechtigung, gewisse Geld- und Natural-Prästationen von dortigen Rusticalen zu erhalten, bestanden hat. Eben so steht unbestritten fest, daß nachdem durch die Gesetzgebung der Jahre 1848/9 — Gesetz vom 31. October 1848 und Verordnung vom 2. Januar 1849 — das Jagdrecht und die Privatgerichtsbarkeit ohne Entschädigung aufgehoben worden sind, die Ablösung der gedachten Prästationen auf Grund des Gesetzes vom 2. März 1850 durch Vermittelung der Rentenbank stattgefunden und daß

Digitized by Google

der Verklagte die ermittelte Abfindung des berechtigten Gutsantheils I. in Rentenbriefen gezahlt erhalten hat.

Der Verklagte hält dadurch seinen ganzen Gutsantheil für untergegangen und damit von selbst seine Verpflichtungen aus dem Patronate für erloschen, zumal die Ablösung der qu. Prästationen nicht von ihm, sondern von den verpflichtet gewesenen bäuerlichen Interessenten beantragt worden, sonach sein ganzer Gutsantheil ohne sein Zuthun in Wegfall gekommen sei. Er geht jedoch dabei von einer zwiefachen unrichtigen Voraussetzung aus. Denn einmal ist es falsch, wenn er, obwohl er selbst anerkennt, daß die abgelösten Prästationen keine Beziehung auf das Patronat gehabt und deshalb auch nicht dessen Aequivalent gebildet hätten, als solches die aufgehobenen Berechtigungen der Jagd und der Gerichtsbarkeit angesehen wissen will. Alle diese mit dem Gutsantheile verbundenen Berechtigungen können nicht als ein Aequivalent für die Patronatsverpflichtungen angesehen, vielmehr kann ein solches nur in der mit dem Patronate verbundenen Rechten — §. 585. ff. cit. — gefunden werden. Diese sind aber durch die Ablösung der gutsherrlichen Rechte auf Prästationen gegen Abfindung sowenig, als durch die Aufhebung des Jagdrechts und der Gerichtsbarkeit, ohne Entschädigung, in irgend einer Weise berührt worden, sowenig wie eine Aufhebung des Patronats durch gesetzliche Anordnung jene gutsherrliche Gerechtsame ohne Weiteres in Wegfall gebracht, oder in ihrer rechtlichen Natur geändert haben würde. Sodann ist es aber auch ein Irrthum des Verklagten, wenn er meint, sein ganzer Gutsantheil sei untergegangen. Bei Gütern, zu welchen kein Land gehört, bildet der Inbegriff der damit verbundenen Berechtigungen deren Substanz. Zu diesen Berechtigungen des Gutsantheils I. von S. gehörte aber neben den gedachten gutsherrlichen Gerechtsamen auch

Digitized by Google

noch das Patronat, und dieses ist, da es weder gesetzlich aufgehoben, noch mit Einwilligung der kirchlich Betheiligten und der geistlichen Oberen abgetrennt oder abgelöst worden ist — §§. 580. 610. cit., — als Gutsbestandtheil fortbestehen geblieben, wenn auch die anderen Bestandtheile fortgefallen sind. Dieses einerseits gutsherrlichen und insofern privatrechtlichen, andererseits politischen und kirchlichen und insofern öffentlichen Rechts kann sich der Verklagte zum Zwecke der Befreiung von den damit verbundenen Patronats-Verpflichtungen nicht willkürlich entschlagen. Schon nach den Grundsätzen des Privatrechts — §. 31. Tit. 19. Thl. I. des A. L. R. — könnte er auf diese Befreiung nur dann Anspruch machen, wenn er ohne Zuthun außer Stand gesetzt worden wäre, sich seiner Patronats-Rechte ferner zu bedienen. Daß dies der Fall sei, ist aber vom Verklagten nicht einmal behauptet worden. Wenn die Allerh. Cabinets-Ordre vom 1. August 1831 (Ges.-Samml. S. 171.), auf welche der erste Richter Bezug nimmt, unter Nr. 7. das Erlöschen der Landtagsfähigkeit der ohne Rittersitz bloß in Natural- oder Geldrenten bestehenden Güter für den Fall anordnet, daß deren Ablösung durch Capital erfolgt, so beweist diese Vorschrift eben, daß subjectiv dingliche politische Rechte nicht schon durch die Ablösung oder Aufhebung von privatrechtlichen Gutsgerechtsamen von selbst aufhören, daß es vielmehr dazu besonderer gesetzlicher Bestimmungen bedarf. Andererseits bestätigt auch die neuere Gesetzgebung den Grundsatz, daß die mit dem Besitze eines Gutes verbundenen, insofern also sub- und objectiv dinglichen, staatsrechtlichen Rechte und Verbindlichkeiten, durch den in Folge gesetzlicher Bestimmungen eintretenden Verlust des Eigenthums an Grund und Boden sowenig, als durch die Ablösung von Realberechtigungen, oder durch die Aufhebung anderer gutsherrlicher Gerechtsame von selbst erlöschen, son-

Digitized by Google

dern vielmehr in Kraft bleiben. Denn nach §. 2. Nr. 2. §. 6. des Gesetzes vom 14. April 1856 (Ges.-Samml. S. 354.) hört das Recht auf die Polizeiverwaltung, sowie die Verpflichtung, deren Kosten zu tragen, in dem Falle, wenn das Gut, mit dessen Besitze die polizeiobrigkeitliche Gewalt verbunden ist, seiner Substanz nach nicht mehr aus liegenden Gründen oder ablösbaren Realberechtigungen besteht, nicht von selbst auf, sondern kann nur im gesetzlichen Wege dem bisherigen Inhaber der Polizeigewalt entzogen resp. auf den Staat übertragen werden. — Entscheid. Bd. 48. S. 385—412. — Es kann dahingestellt bleiben, ob die Polizeigewalt von dem Gutsantheil des Verklagten vor oder nach Erlaß des Gesetzes vom 14. April 1856 definitiv oder nur provisorisch durch Uebertragung auf das Rentamt zu P. von dem Staate übernommen worden ist, und ob daher, sofern nur eine einstweilige und commissarische Uebernahme stattgefunden hat, der Gutsantheil I. von S. nicht noch jetzt resp. bis zur Anstellung der gegenwärtigen Klage den Besitz der Polizeiverwaltung als einen Bestandtheil seiner früher damit verbundenen gutsherrlichen Gerechtsame übrig behalten, also überhaupt noch nicht ganz zu existiren aufgehört hat. Denn was von der Polizeigewalt gilt, findet auch auf das mit dem Gutsantheile verbundene, davon im gesetzlich geordneten Wege (§§. 580. 610. cit.) noch nicht abgelöste resp. getrennte Patronat, ebenfalls einen Inbegriff von Rechten und Pflichten, um so mehr Anwendung, als der §. 29. Tit 17. Thl. II. des A. L. R. unter Verweisung auf die §§. 589 ff. Tit. 11. Thl. II. bestimmt, daß von dem Besitze der Gerichtsbarkeit überhaupt Alles das gelten soll, was von dem dinglichen Patronatrechte verordnet ist.

Hiernach läßt sich der Ansicht des ersten Richters, welcher, die politische und kirchliche Natur des Patronats ver-

Digitized by Google

kennend, lediglich die dem Privatrechte angehörenden Grundsätze von subjectiv dinglichen Befugnissen und objectiv dinglichen Verpflichtungen zur Anwendung gebracht, dabei aber die Vorschrift des §. 31. Tit. 19. Thl. I. des A. L. R. übersehen hat, nicht beitreten, daß die Behauptung des Verklagten, welche er jetzt auf §. 108. der Einleitung und §. 2. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. stützt, sein Gutsantheil sei ganz untergegangen und dadurch zugleich und von selbst auch sein Patronat erloschen, eine rechtlich begründete sei. Dagegen erscheint die Meinung des Appellations-Richters, wenn sich auch seiner Argumentation nicht überall beitreten läßt, vollkommen richtig, daß durch die erfolgte Aufhebung der Jagd und der Gerichtsbarkeit und durch die stattgefundene Ablösung der gutsherrlichen Realberechtigungen der Gutsantheil des Verklagten nicht mit der rechtlichen Wirkung, daß das damit verbundene Patronat über die Kirche zu S. ohne Weiteres untergegangen resp. in Wegfall gekommen sei, zu existiren aufgehört habe. Ist dies aber, wie gezeigt, nicht der Fall, hat der Verklagte auch in keiner Weise wahrscheinlich gemacht, ja nicht einmal behauptet, daß er zur Ausübung seiner Patronatsrechte außer Stand gesetzt sei, kann er sich durch willkürliches eigenmächtiges Aufgeben derselben den damit verbundenen Patronats-Verpflichtungen nicht entziehen, und tritt, wie in dem Plenar-Beschlusse vom 1. Juli 1850 (Entscheid. Bd. 20. S. 59 ff.) ausgeführt ist, selbst bei stattgehabter Ablösung des mit der Kirchenbaulast verbundenen Zehnten durch Kapitalsabfindung, die Befreiung des Zehntherrn von dieser Last nicht ein; so besteht auch das auf den Verklagten mit der Erwerbung des Guts übergegangene Patronat mit seinen Rechten und Pflichten, ihm gegenüber, noch jetzt resp. so lange fort, als es im gesetzlich geordneten Wege — §§. 580. 610. cit. — nicht aufgehoben worden ist. Und

Digitized by Google

zwar um so mehr, da er die dem Gute für die Ablösung der Realberechtigungen gewährte Capitals-Abfindung ausgeantwortet erhalten hat. Denn der Verklagte hat diese Abfindung in Rentenbriefen lediglich in seiner Eigenschaft als Besitzer des Guts bekommen. Er muß sich aber wegen der Patronatsbaulast mit den kirchlichen Interessenten abfinden. Mag nun diesen auch die Befugniß zustehen, von ihm dieserhalb Sicherstellung oder Entschädigung zu verlangen, so ist dies doch nicht das ihnen zustehende alleinige Recht. Da das Patronats-Verhältniß durch das Ablösungs-Verfahren nicht berührt worden ist, — §. 6. al. 2., des Gesetzes vom 2. März 1850 — so können die Kirchen-Interessenten, zu welchen der Mit-Patron unzweifelhaft gehört, verlangen, daß der Verklagte, welcher das Patronats-Verhältniß nicht willkürlich aufheben darf — §. 610. Tit. 11. Thl. II. des A. L. R., — der ihm als bisherigen Patrone nach §. 584. a. a. O. obliegenden Verpflichtung, aus eigenen Mitteln zur Unterhaltung der kirchlichen Gebäude beizutragen, Genüge leiste, wobei es ihm überlassen bleibt, ob er dazu die erhaltenen und in sein Eigenthum übergegangenen Rentenbriefe oder anderweites Vermögen verwenden will.

Bestehen aber die mit dem Guts-Antheile I. von S. verbundenen Patronats-Verpflichtungen in der Person des Verklagten, als bisherigen letzten Besitzers desselben noch fort; erstrecken sie sich unbestritten und unbestreitbar nach dem Allg. Landrechte, wie nach dem Märkischen Provinzial-Rechte auch auf Küsterei-Gebäude, begreifen sie nach letzterem ebenso unzweifelhaft die Verbindlichkeit zur unentgeltlichen Hergabe der Haupt-Baumaterialien in sich, haben danach mehrere Patrone dazu nach Verhältniß ihres Antheils am Patronats-Rechte unter sich beizutragen, und war unbestritten dieses Verhältniß unter den Besitzern beider Guts-Antheile ein gleiches,

Digitized by Google

so daß jeder die Hälfte beizutragen hatte; so ist auch die Klägerin als Besitzerin des Guts-Antheils II., mit welchem das andere halbe Patronat über die Kirche in S. verbunden ist, unbedenklich befugt, von dem Verklagten zu verlangen, daß derselbe die Hälfte der ihr von den Verwaltungs-Behörden durch die Resolute vom 30. September 1861 und resp. 8. Februar 1862 allein auferlegten Patronats-Beitragslast zum Bau des Küsterhauses in S. übernehme.

Eben so gerechtfertigt ist aber auch der, eigentlich nur die Voraussetzung der Verpflichtung des Verklagten zur Uebernahme der Hälfte der Patronatskosten, in dem in Rede stehenden Baufalle, ausdrückende Antrag der Klägerin, welcher auf die Festsetzung: daß das auf dem Guts-Antheile I. von S. haftende halbe Patronat über die dortige Kirche für nicht erloschen zu erachten sei, gerichtet ist. Wie sich die Sache in der Folgezeit namentlich dann, wenn ein Wechsel in der Person des zu dem mit diesem Guts-Antheile verbundenen Patronate Berechtigten und Verpflichteten, eintreten sollte, gestalten möchte, darüber ist in vorliegendem Processe nicht zu entscheiden. Hier handelt es sich nur um die Frage, ob das durch Erwerb des Guts-Antheils auf den Verklagten übergegangene Patronats-Verhältniß den kirchlichen Interessenten gegenüber jetzt noch fortbesteht? und, ob deshalb der Mit-Patron zur Zeit dessen Heranziehung zur Patronats-Baulast noch verlangen kann? Diese Fragen aber sind nach der vorstehenden Ausführung zu bejahen, und dadurch rechtfertigt sich die Bestätigung des Appellations-Urtels.

Digitized by Google

№ 41.

Beschränkung des Rechtsweges hinsichts Kirchen- und Pfarrbauten.

Findet über die Nothwendigkeit von Kirchen- oder Pfarrbauten unter den Interessenten der Rechtsweg statt, oder steht die Entscheidung darüber den geistlichen Oberen zu?

A. L. R. Thl. II. Tit. 11. §§. 707—709. ff. 759. 760.
A. G. O. Einleitung §. 1.
Königliche Cabinets-Ordre vom 18. Februar 1805, und Circular-Verordnung vom 16. April 1805 (Edicten-Samml. Bd. XI. S. 2933.)

Die katholische Kirchengemeinde zu Polajewo behauptet, daß an diesem Orte, da die Größe der Parochie die Ernennung eines Vicars neben dem Pfarrer nöthig gemacht habe, für diesen Vicar auch ein eigenes Wohnhaus erbaut werden müsse. Weil nun observanzmäßig zu den dortigen Kirchen- und Pfarrbauten die Eingepfarrten nur die Hand- und Spanndienste zu leisten, der Königliche Fiscus, als Kirchenpatron, aber alle übrigen Kosten tragen muß, und er zwar die Nothwendigkeit eines eigenen Wohnhauses für den Vicar bestreitet, dagegen zur Einrichtung einer Wohnung für denselben in dem Dachraume des Pfarrhauses sich bereit erklärt hat, die weiter gehende Forderung der Kirchengemeinde auch durch ein am 8. August 1861 abgefaßtes in der Recursinstanz bestätigtes Resolut der Königlichen Regierung zu Posen, Abtheilung für die Kirchenverwaltung, für unbegründet erachtet und interimistisch der Ausbau jener Wohnung

Digitized by Google

angeordnet worden ist; so ist die Kirchengemeinde zur Klage gegen den Fiscus geschritten. Sie hat in dieser zwar auch angeführt, daß schon in früherer Zeit in P. ein besonderes Haus für den Vicar, und außerdem noch ein anderes für einen Altaristen vorhanden gewesen, und daß diese beiden Häuser erst in den Jahren 1830 bis 1838 eingegangen seien (das Altaristenhaus namentlich durch eine Feuersbrunst zerstört), ihren Anspruch jedoch nur darauf gegründet, daß die vorgesetzte geistliche Behörde, das erzbischöfliche Consistorium und der Erzbischof von Posen selbst, ein eigenes Wohnhaus für den Vicar für nothwendig erklärt hätten, und daß nach §. 707. Tit. 11. Thl. II. des A. L. R. der Ausspruch der geistlichen Oberen über die Nothwendigkeit und über die Art der Ausführung eines kirchlichen Baues maaßgebend sein müsse, die abweichende Meinung der Abtheilung der Königlichen Regierung für Kirchenwesen dagegen nicht in Betracht komme, da nicht diese, sondern der Bischof der geistliche Obere für katholische Kirchen sei. Nöthigenfalls wollte Klägerin aber auch durch Sachverständige das Erforderniß eines eigenen Wohnhauses für den Vicar darthun, und sie hat dahin angetragen:

den Verklagten als Patron der katholischen Kirche zu P. zu verurtheilen, daß er statt der daselbst bestandenen zwei Häuser für den Vicar und Altaristen, wenigstens ein besonderes, bequemes, den jetzigen Zeiten angemessenes Vicarhaus aufbaue.

Der Verklagte wendete ein, daß, soweit die Errichtung eines eigenen Hauses für den Vicar aus Gründen der Zweckmäßigkeit und des Anstandes gefordert werde, eine richterliche Entscheidung darüber nicht zulässig sei, dieser Gesichtspunkt vielmehr lediglich von den kirchlichen Verwaltungsbehörden geltend gemacht werden könne, und daß in dieser speciellen Be-

Digitized by Google

ziehung nicht der Erzbischof oder dessen Consistorium, sondern nur die Regiernng die zuständige Behörde, nach §. 18. lit. f. der Regierungs-Instruction vom 23. November 1817 und nach Nr. 10. des für den Bereich der Erzdiöcese Posen vom 19. November 1850 erlassenen Regulativs sei, und diese bereits den Streit zum Nachtheile der Klägerin entschieden habe.

Nur sofern Klägerin ex speciali titulo einen Anspruch auf Herstellung eines Vicarienhauses begründen könnte, werde derselbe sich zum Rechtswege eignen, doch könne ein solcher Rechtstitel in der behaupteten früheren Existenz eines Hauses dieser Art nicht gefunden werden.

Mit Aussetzung des weiteren Verfahrens ist hierauf vom Kreisgericht zu Rogasen am 16. Juni 1863 erkannt worden,

daß der Rechtsweg in dieser Sache für unzulässig zu erachten sei,

und das Appellations-Gericht zu Posen hat durch sein am 4. Februar 1864 erlassenes Urtel das erste Erkenntniß bestätigt.

Von der Klägerin ist gegen das Erkenntniß zweiter Instanz die Nichtigkeits-Beschwerde erhoben und zu deren Begründung behauptet worden, daß jenes Urtel den §. 1. der Einleitung zur Allg. Ger.-Ord. und die §§. 707—709. Tit. 11. Thl. II. A. L. R. verletze, da nach diesen letzteren Vorschriften die geistlichen Oberen, an deren Stelle jetzt die Königlichen Regierungen träten, zwar die Nothwendigkeit eines kirchlichen Baues prüfen und die Art desselben bestimmen sollten, dieselben jedoch, wenn unter den Interessenten über das Eine oder das Andere Streit entstehe, nur eine gütliche Vermittelung zu bewirken bemüht sein sollten, und wenn diese

Digitized by Google

ihnen nicht gelinge, sie den Streit an die weltliche Obrigkeit, also an die Gerichte, verweisen müßten.

Durch Erkenntniß des ersten Senats des Ober-Tribunals vom 20. Februar 1865 ist die Nichtigkeits-Beschwerde zurückgewiesen worden, aus nachstehenden

Gründen.

Die Beschwerde kann nicht für begründet erachtet werden.

Die hierbei in Betracht kommenden landrechtlichen Vorschriften sind schon in einem früheren Erkenntnisse des ersten Senats des Ober-Tribunals vom 24. October 1862 in Erwägung gezogen worden, welches zwar nur in einem über die Nothwendigkeit der Ausführung von Schulgebäuden entstandenen Processe ergangen, in dem aber zugleich ausgeführt worden ist, daß die Entscheidung, gemäß den Bestimmungen im §. 19. Tit. 12. Thl. II. des A. L. R., aus den betreffenden Vorschriften über Kirchenbauten entlehnt werden müsse. Der Verklagte hatte in der ersten Instanz des gegenwärtigen Processes auf dies frühere Urtel sich berufen, auch eine Abschrift desselben überreicht und die früheren Richter haben die Gründe jenes Erkenntnisses sich angeeignet. Dieselben treten in Widerspruch mit Entscheidungen des Gerichtshofes für Competenz-Conflicte, auf welche von den Parteien ebenfalls Bezug genommen worden ist. Auch die Fassung der gesetzlichen Bestimmungen ist allerdings geeignet, Bedenken zu erregen, beide Umstände aber rechtfertigen es, die Streitfrage, welche hier zum ersten Male bei einem kirchlichen Baue zur Entscheidung gelangt, einer nochmaligen Erwägung zu unterziehen. Diese hat jedoch zu keiner Aenderung der früher gewonnenen Ueberzeugung geführt.

Das Allg. Landrecht handelt Theil II. Tit. 11. in dem, mit §. 699. beginnenden Abschnitte, vom Bau und der

Digitized by Google

Besserung der Kirchengebäude; es bestimmt zunächst, daß Pfarrer und Kirchenvorsteher, wie der Kirchenpatron, dafür Sorge tragen müssen, und wie weit diese dazu einer höheren Genehmigung bedürfen. Nach §. 704. soll, wenn zur Ausführung eines Baues mehr als 50 Thlr. aus dem Kirchenvermögen zu verwenden sein würden, allemal die Genehmigung der geistlichen Oberen eingeholt werden, und diese ist zufolge §. 706. ohne Unterschied der Fälle erforderlich, wenn ein neuer Anbau oder eine Erweiterung der Kirchengebäude beabsichtigt wird. Hierauf verordnen die §§. 707 ff. weiter:

§. 707. Die geistlichen Oberen müssen die Nothwendigkeit des Baues prüfen und die Art desselben bestimmen.

§. 708. In allen Fällen, wo über die Nothwendigkeit, oder über die Art des Baues, oder der Reparatur, oder wegen des dazu zu leistenden Beitrages, unter den Interessenten Streit entsteht, müssen die geistlichen Oberen die Sache gütlich zu reguliren sich angelegen sein lassen.

§. 709. Findet die Güte nicht Statt: so müssen sie die rechtliche Entscheidung des Streites an die weltliche Obrigkeit verweisen, zugleich aber festsetzen, wie es inzwischen mit dem Baue oder der Reparatur gehalten werden solle.

Hierauf wird im §. 710 ff. bestimmt, wie die Kosten solcher Bauten aufzubringen sind. Daß diese Vorschriften sich nicht auf kirchliche Gebäude im engeren Sinne, sondern auch auf Pfarrbauten beziehen, folgt aus §. 784. ff. cit. l. und ist judicando stets angenommen worden.

Will man nun die §§. 708. und 709. in eine so enge Verbindung bringen, daß durchaus alles dasjenige, was im §. 708. als Gegenstand der gütlichen Regulirung der geistlichen Oberen hingestellt ist, auch Gegenstand der, im §. 709.

Digitized by Google

der weltlichen Obrigkeit zugewiesenen Entscheidung sein dürfe oder müsse, so gehört hierzu auch der Streit über die Nothwendigkeit eines kirchlichen (oder Pfarr-) Baues. Aber so zwingend ist die Wortfassung doch nicht, daß deshalb die großen Bedenken, die gegen eine solche Annahme sich erheben, zurückstehen dürften.

Wenn nach §. 704. schon zur Ausführung von verhältnißmäßig geringfügigen baulichen Anlagen, und nach §. 706. zu jedem neuen Anbau oder Erweiterungsbau, die Genehmigung der geistlichen Oberen gefordert wird, und dann §. 707. vorschreibt: daß die geistlichen Oberen die Nothwendigkeit des Baues prüfen und die Art des Baues bestimmen sollen; so ist nicht einzusehen, wie ein Widerspruch derjenigen, die zur Ausführung des Baues verpflichtet sein mögen, in der Befugniß jener Oberen zum Ausspruch über die Nothwendigkeit desselben etwas ändern könnte. Es ist ja nicht ausgedrückt, daß die geistlichen Oberen ihr Urtheil über diese Nothwendigkeit der gerichtlichen Entscheidung unterwerfen müßten; die §§. 708. und 709. sprechen nicht von einem Streite, der zwischen den Interessenten und den geistlichen Oberen stattfinden könne, sondern nur von einem solchen unter den Interessenten, und dessen Entscheidung durch die weltliche Obrigkeit kann also auch nicht das Urtheil der geistlichen Oberen über diese Nothwendigkeit oder Unnöthigkeit, ändern. Es ist auch nicht anzunehmen, daß in einem gerichtlichen Verfahren, durch Vernehmung etwa von Sachverständigen, welche die Parteien vorschlagen, diese Nothwendigkeit besser beurtheilt werden könnte. Bleibt daher mit Recht der Ausspruch der geistlichen Oberen insoweit bestehen, so kann ein Proceß unter den Interessenten hinsichts dieser Frage nichts releviren und das Gesetz kann einen solchen hiernach ganz unnützen Streit nicht gewollt haben. Schon aus diesem

Digitized by Google

Grunde läßt sich daher einer Auffassung der §§. 708—709. nicht beistimmen, welche auch die Nothwendigkeit eines kirchlichen Baues, dem Ausspruche der kirchlichen Oberen über dieselbe entziehen und zum Gegenstande eines gerichtlichen Verfahrens machen will.

Wenn man sich übrigens ganz genau an die Worte dieser Vorschrift hält, so spricht zwar §. 708. von der gütlichen Vermittelung der geistlichen Oberen hinsichts aller, (möglicher Weise) unter den Interessenten entstehenden Differenzen, der §. 709. aber erwähnt speciell keine dieser möglichen Streitfragen, sondern er sagt nur, daß, wenn die Güte nicht stattfindet, die rechtliche Entscheidung des Streites an die weltliche Obrigkeit zu verweisen sei, gestattet also sehr wohl die Auslegung, daß hierbei nur an einen solchen Streit zu denken ist, über den nicht schon nach den vorher gegangenen Vorschriften die geistlichen Oberen definitiv zu entscheiden für berechtigt erklärt worden sind.

Man müßte ja sonst annehmen, der Gesetzgeber habe beim §. 709. schon vergessen gehabt, was nach §. 707. die geistlichen Oberen zu thun haben. Das ist aber so wenig der Fall, daß der Schlußsatz des §. 709. den geistlichen Oberen, wenn die gütliche Beilegung des entstandenen Streites ihnen nicht gelungen ist, nicht etwa zumuthet, den Ausgang desselben abzuwarten, sondern vielmehr derselbe dem Urtheile der geistlichen Oberen in einem Falle dieser Art ein fortwirkendes und ganz entscheidendes Gewicht beilegt, indem hier bestimmt wird, daß ungeachtet der Verweisung des unter den Interessenten entstandenen Streites, an die weltliche Obrigkeit, die geistlichen Oberen festsetzen müssen, wie es inzwischen mit dem Baue oder der Reparatur gehalten werden soll. Erachten diese Oberen also diese Ausführung des Baues für so dringend, daß der Ausgang jenes Streites nicht abgewartet werden könne

Digitized by Google

so dürfen sie anordnen, daß mit dem Baue vorgegangen werde, und dies setzt unerläßlich voraus, daß die Nothwendigkeit des Baues keiner weiteren Anfechtung, unterliegen darf, weil es im höchsten Grade unzweckmäßig sein würde, in einem nachträglichen Processe möglicher Weise entscheiden zu lassen, daß der Bau nicht nöthig sei, der unterdessen schon ausgeführt sein könnte.

Mit dem Ausspruche der geistlichen Oberen über die Nothwendigkeit des Baues hängt aber ferner die Anordnung über die Art des Baues, in technischer Beziehung, untrennbar zusammen, und es bleiben daher für den, von der weltlichen Obrigkeit zu entscheidenden Streit unter den Interessenten, nur übrig die Fragen: über die Verpflichtung zur Tragung der Baulast, wenn diese etwa dem einen Theile allein obliegen sollte, oder über die Aufbringung der Kosten des Baues von den mehreren dazu Verpflichteten, die über das Maaß ihrer Verpflichtung, oder über den Betrag der Kosten, nicht einverstanden sind. Daher handeln denn auch die §§. 710. und ff. lediglich von diesen Fragen, und es wird im Verlaufe dieser weiteren Vorschriften in den §§. 759. und 760. a. a. O. bestimmt, daß auch während eines, über die Verbindlichkeit oder das Quantum des Beitrags entstandenen Processes, der Beitrag nach der Festsetzung der geistlichen Oberen entrichtet werden soll, wenn aber der klagende Interessent durch Urtel und Recht von diesem Beitrage ganz oder zum Theil freigesprochen wird, demselben das Gezahlte, nebst Zinsen, von den übrigen Contribuenten zurückgegeben werden soll.

Die von den geistlichen Oberen getroffenen Anordnungen über die Ausführung des Baues erscheinen hiernach als ganz unberührt, durch den von den Interessenten in Beziehung auf diesen Bau geführten Proceß, und als Gegenstand des

Digitized by Google

Letzteren ist nur die Beitragspflicht und deren Umfang hier genannt.

Die Richtigkeit dieser Ausführung ergiebt sich endlich noch aus der Königl. Cabinets-Ordre vom 18. Februar 1805 (Neue Edictensamml. Bd. XI. S. 2933.), welche aus Veranlassung eines speciellen Falles nicht nur genehmigte, daß der interimistisch von der Behörde angeordnete Pfarrbau fortgesetzt werde, sondern auch verordnete, daß künftig wegen der Beiträge der Eingepfarrten und der Compatrone, der Kirchen- und Pfarr- und Schulhausbau nicht aufgehalten, sondern vom Oberconsistorio, wenn darüber Streit entstehe, ein provisorischer Vertheilungsplan bestimmt und ohne gerichtliches Verfahren exequirt, denen aber, die damit nicht zufrieden seien, der Weg Rechtens nachgelassen werde. Diese Königl. Cabinets-Ordre sieht also augenscheinlich auch nur die Beitragspflicht der Eingepfarrten und Patrone als Gegenstand des zugelassenen gerichtlichen Verfahrens an, indem sie die Ausführung des von der Behörde angeordneten Baues ungeachtet des Streites über die Beiträge zu demselben gebot, also dem Rechtswege nichts übrig ließ, als diesen letzteren Streit.

Die in der Cabinets-Ordre ausgesprochene Anordnung ist demnächst durch eine, auf Allerhöchsten Specialbefehl unter dem 16. April 1805 erlassene Circular-Verordnung zur allgemeinen Befolgung publicirt worden. (Edict.-Samml. a. a. O. S. 2936.) Und eine Anwendung desselben Grundsatzes findet sich in einem neueren Gesetze, nämlich in der Schulordnung für die Provinz Preußen vom 11. December 1845, welche im §. 36. den Regierungen die Oberaufsicht über alle Elementarschulen übertragen, und namentlich denselben die Befugniß beigelegt hat, die Nothwendigkeit und die Art der Ausführung eines Schulbaues zu prüfen und die Beiträge,

Digitized by Google

mit Vorbehalt des den Betheiligten unter sich freistehenden Rechtsweges, festzusetzen und einzuziehen.

Der Gerichtshof für Competenz-Conflicte ist allerdings anderer Meinung. Derselbe hat in zwei Erkenntnissen, vom 23. December 1847 und vom 2. Februar 1848 — (Just.-Minist.-Bl. 1848 S. 183. 169.) — den Competenz-Conflict nur deshalb für begründet erachtet, weil resp. eine Kirchen- und eine Schulgemeinde gegen die Abtheilung einer Königlichen Regierung für Kirchen- und Schulsachen mit dem Antrage geklagt hatten, daß ihre Nichtverpflichtung zur Ausführung des, in jedem dieser Fälle von der Regierung als Oberaufsichts-Behörde, für nothwendig erklärten, Kirchen- resp. Schulbaues ausgesprochen werde.

Ein solcher Proceß gegen die Aufsichtsbehörde, über die Nothwendigkeit eines Baues, wurde für unzulässig, auf Grund §. 707. l. c. erklärt, dabei aber auch schon angedeutet, daß unter den Interessenten selbst etwas Anderes, nach §. 709. gelten würde. Und in zwei späteren Fällen, wo unter den Interessenten auch über die Nothwendigkeit von Pfarr- und Kirchenbauten gestritten und deshalb von der betreffenden Königlichen Regierung der Competenzconflict erhoben worden war, ist von jenem Gerichtshofe durch seine Erkenntnisse vom 26. November 1853 und vom 17. Februar 1855 — Justiz-Minist.-Bl. 1854 S. 195. — Justiz-Minist.-Bl. 1855 S. 137. — der Rechtsweg für zulässig erachtet worden, weil nach dem gedachten §. 709. unter den Interessenten auch über die Nothwendigkeit eines solchen Baues von der weltlichen Obrigkeit entschieden werden dürfe, den geistlichen Oberen nur die Regulirung eines Interimistici zustehe. In den Gründen des ersten dieser Erkenntnisse wird die Zweckmäßigkeit dieser Vorschrift bezweifelt, aber geltend gemacht, daß man derselben, nach §. 46. der Einleitung zum Allg. Landr. keinen anderen

Digitized by Google

Sinn beilegen dürfe, als welcher aus den Worten und dem Zusammenhange deutlich erhelle.

Es ist indessen in der vorhergegangenen Ausführung gezeigt, daß nicht einmal die Wortfassung des §. 709. es gebietet, anzunehmen, daß der im §. 709. an den Richter zu weisende Streit über alle, im §. 708. als Gegenstand einer zu versuchenden gütlichen Einigung bezeichneten Gegenstände sich erstrecken dürfe. Dazu kommt, daß, wenn über die Nothwendigkeit des Baues unter den Interessenten vom Richter entschieden würde, damit auch gegen die Aufsichtsbehörde eine Entscheidung ergeht, sobald der richterliche Ausspruch über die Nothwendigkeit von dem ihrigen abweicht, was ja doch möglich bleibt, und ferner ist oben gerade aus dem Zusammenhange der verschiedenen Vorschriften und aus dem, durch dieselben erkennbaren Grunde des Gesetzes, den der §. 46. der Einl. zum Landrechte ebenfalls als Hülfsmittel bei dessen Auslegung bezeichnet, die hier getroffene Entscheidung gerechtfertigt worden.

Der dem Appellations-Richter gemachte Vorwurf, die Vorschrift der §§. 707—709. Tit. 11. Thl. II. A. L. R. verletzt zu haben, ist hiernach nicht begründet. Eben so wenig der weitere Vorwurf über Verletzung des §. 1. der Einl. zur Proceß-Ordnung, welcher bekanntlich alle Streitigkeiten über Sachen und Rechte, die einen Gegenstand des Privat-Eigenthums ausmachen, durch richterlichen Ausspruch entschieden wissen will. Denn wenn das Gesetz die Frage, ob ein Kirchenbau nothwendig sei? für so wichtig, im allgemeinen Interesse erachtet hat, daß es der kirchlichen Oberbehörde die Entscheidung darüber allein zuweiset, um dieselbe dem Streite widerstrebender Privat-Interessen zu entziehen, so müssen die letzteren eben zurücktreten, wie ja um solcher allgemeinen, für wichtiger erklärter Rücksichten Willen, in vielen anderen

Digitized by Google

Fällen, der Rechtsweg nicht gestattet wird, in denen an sich auch Privatrechte betroffen werden.

Daß übrigens in dem erzbischöflichen Sprengel von Posen und Gnesen die in §§. 708—709. Tit. 11. Thl. II. A. L. R. den geistlichen Oberen beigelegten Befugnisse, von den in der Provinz Posen bestehenden Königlichen Regierungen ausgeübt werden, ist in der Nichtigkeits-Beschwerde anerkannt und nach Inhalt des von dem Königlichen Ober-Präsidenten zu Posen über die Verwaltung und Beaufsichtigung des katholischen Kirchenvermögens erlassenen Regulativs vom 19. November 1850, — abgedruckt im Ministerial-Blatte der inneren Verwaltung 1851 S. 32 ff. — richtig.

№ 42.

Neumark. Patronatsbeitrag bei Pfarrbauten.

In welchem Verhältnisse haben in der Neumark Patrone der Filial-Kirchen mit dem Patrone der Mutter-Kirche unter sich zu der Patronatsbaulast beizutragen?

Verordnung vom 8. Februar 1699 (C. C. M. I. Abth. I. Abschn. 1. S. 421. Nr. LXVI. — Rabe Samml. I. S. 193.). —

Allerh. Ordres vom 17. Juni und 14. Juli 1712 (C. C. M. VI. Absch. 2. S. 127. Nr. LXIX. LXX. — Rabe Samml. I. S. 304. 305.) —

v. Kunow Entwurf des Provinzial-Rechts der Neumark, §§. 601. 602. 608—610. 613. 621. 622. 624.

Digitized by Google

Die Ortschaften Wrechow, Zachow und Altenkirchen liegen in der Neumark. An jedem dieser Orte befindet sich eine Kirche. Alle drei Kirchen haben einen gemeinschaftlichen Pfarrer, welcher zu W. wohnt. Die dortige Kirche ist die Mutterkirche. Die beiden anderen Kirchen stehen zu derselben in dem Verhältnisse von Tochterkirchen. Die allen drei Kirchen gemeinschaftlichen Pfarrgebäude sind in W. Der Rittergutsbesitzer P. ist Patron der Mutterkirche, der Königliche Fiscus dagegen Patron der beiden Tochterkirchen. Unstreitig ist, daß ihnen, als Patronen, die Mitbaulast rücksichtlich der Pfarrgebäude in W. überhaupt obliegt, ebenso, daß der von ihnen gemeinschaftlich zu leistende Patronatsbeitrag in der Gewährung der Haupt-Baumaterialien (Holz, Steine und Kalk) besteht. Dagegen ist es unter ihnen zum Processe über die Frage gekommen, in welchen Verhältnissen sie zu dieser Baulast unter sich beizutragen haben? nämlich, ob, wie P. als Kläger prätendirt, alle drei Kirchen-Patrone eine gleiche Beitragsquote (ein Drittel) zu leisten haben, oder ob, wie der verklagte Fiscus einwendet, der Kläger als Patron der Mutterkirche noch einmal so viel, wie der Patron jeder der beiden Tochterkirchen beizutragen hat? also, ob die Beitragsquote des Verklagten zwei Drittel oder nur die Hälfte beträgt?

Durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Königsberg N./M. und des Appellations-Gerichts zu Frankfurt a./O. vom 6. Januar und 22. Juni 1863 ist der verklagte Fiscus verurtheilt worden, dem Kläger den Geldwerth der in einem Pfarrbaufalle vom Jahre 1862 gelieferten Materialien nicht bloß zur Hälfte, sondern zu zwei Dritteln zu erstatten, auch in Zukunft bei allen Pfarrbauten in W. zwei Drittel der Patronatsbeiträge zu leisten.

Die gegen das Appellations-Urtel vom verklagten Fiscus

Digitized by Google

eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde ist vom ersten Senate des Ober-Tribunals am 15. Juli 1864 zurückgewiesen worden, und zwar, soweit es zur Entscheidung der in der Ueberschrift aufgeworfenen Frage von Interesse ist, aus folgenden

Gründen.

Unter den Parteien ist das Provinzial-Recht selbst in der Art streitig geworden, daß der Verklagte die Gültigkeit der besonderen Normen des Neumärkischen Provinzial-Rechts, auf welche der Kläger seinen Anspruch stützt, ganz in Abrede stellt, und für die Beurtheilung des streitigen Rechtsfalles churmärkisches Provinzial-Recht zur Anwendung gebracht wissen will. Der Appellations-Richter bezeichnet dieses Verlangen als nicht gerechtfertigt, weil, wenn wirklich das neumärkische Provinzial-Recht Bestimmungen, nach welchen das Beitrags-Verhältniß von Mutter- und Filial-Patronen geregelt wird, nicht enthielte, diese Lücke doch nicht aus dem churmärkischen Rechte, sondern nach den §§. 52. 53. 57. der Einleitung zum Allg. Landrechte aus diesem, und da auch das Allg. Landrecht hierüber schweigt, nach §. 49. eod. aus der Analogie zu ergänzen sein würde, und weil Verklagter sich auch nicht auf das beigebrachte Erkenntniß des ehemaligen Oberlandes-Gerichts zu Frankfurt vom 6. December 1834 berufen könne, da dasselbe von ganz anderen, als den hier vorliegenden, Voraussetzungen ausgehe. „Abgesehen hiervon" fährt der Appellations-Richter dann wörtlich fort „ist aber das Beitrags-Verhältniß der Mutter- und Filial-Patrone bei Pfarrbauten, in der Neumark, provinzialrechtlich in der vom Kläger behaupteten Weise geregelt." Es wird dann weiter ausgeführt, daß die Verordnungen vom 3. Januar und 8. Februar 1699 für die Neumark nicht publicirt und gültig geworden, im Gegentheil in den Rescripten vom 17. Juni und 14. Juli 1712 auf ein altes Herkommen verwiesen werde, nach welchem in

Digitized by Google

der Neumark die Beiträge der Gemeinden sowohl in matre, als in filia nach Hufen, also in einem gleichen Verhältnisse aufgebracht werden, daß dieses gleiche Verhältniß, wenn sich für die Beitragsquoten der Mutter- und Filial-Patrone provinzialrechtliche Bestimmungen in der Neumark nicht gebildet hätten, schon nach der Analogie auf das Beitrags-Verhältniß der Patrone Anwendung finden würde, daß übrigens das vom Kläger behauptete Verhältniß auch von v. Kunow bezeugt werde, und daß die Einwendungen des Verklagten gegen dieses Zeugniß verwerflich seien.

Durch diese Argumentation soll der Appellations-Richter nach der Ansicht des Imploranten die §§. 6. 49. 52. 53. 57. der Einleitung, §. 35. Thl. II. Tit. 12. A. L. R., das Neumärksche und Churmärksche Provinzialrecht, die Rescripte vom 17. Juni und 14. Juli 1712, die §§. 602 a. 622. 608. des v. Kunowschen Entwurfs, die am 8. Februar 1699 durch das Consistorium publicirte Cabinets-Ordre vom 3. Januar 1699 und den Consistorial-Bericht vom 26. August 1724 verletzt haben.

Die Argumentation des Appellations-Richters, welche die Frage betrifft, welche Bestimmungen analog anzuwenden seien, sofern das Neumärksche Provinzial-Recht keine Normen hinsichtlich des Beitrags-Verhältnisses der Mutter- und Tochterkirchen-Patrone zu den Pfarrbauten enthalte, ist nur eine eventuelle, da der Haupt-Entscheidungsgrund sich gerade darauf stützt, daß dies Beitrags-Verhältniß in der Neumark provinzialrechtlich geregelt sei. Es kommt sonach zunächst nur darauf an, ob dieser Entscheidungsgrund vom Imploranten mit Erfolg angegriffen ist. Dies läßt sich jedoch nicht anerkennen.

Ueber das Verhältniß, nach welchem Mutter- und Tochterkirchen-Patrone unter sich den Patronatsbeitrag der Haupt-

Digitized by Google

Materialien aufzubringen resp. Mutter- und Tochtergemeinden zu den sonstigen Kirchen- und Pfarrbaukosten beizutragen haben, besteht für die Churmark unzweifelhaft eine bereits in dem Berichte des Consistoriums zu Cölln an der Spree vom 22. December 1698 bezeugte, in dem durch dessen Verordnung vom 8. Februar 1699 publicirten Edicte Churfürsts Friedrich III. vom 3. Januar 1699 bestätigte und nochmals in dem nach Hofe erstatteten Berichte desselben Consistoriums vom 7. und 26. August 1724 dahin anerkannte Observanz, daß bei Pfarr- (und Kirchen-) Bauten die matres duas, die Filialen aber unam tertiam beizutragen, resp. wenn zu einem Pfarrbau an Kosten 100 Thlr. nöthig, der Bauer in matre 4 Thlr. und der Bauer in filia 2 Thlr. aufzubringen, und auch unter den Patronen bei Anschaffung der Materialien zu den Kirchen und Pfarrgebäuden der Patron in matre duas tertias und der in filia unam Tertiam beizutragen haben. (Hymmen's Beiträge zur juriſt. Litteratur, Band VII. S. 337. 343. 351. und 353. Rabe Sammlung I. S. 193.).

Für die Neumark ist das Bestehen einer solchen Observanz bis in die neuere Zeit geleugnet, und angenommen worden, daß nach dortigem alten Herkommen sowohl die Patrone, als die Gemeinden in filia zu Kirchen- und Pfarr-Bauten eben soviel beizutragen haben, wie die Patrone und Gemeinden der Mutterkirche. Als Grund dafür werden die von König Friedrich I. vollzogenen Special-Rescripte vom 17. Juni und 14. Juni 1712 angeführt, welche lauten, und zwar die Ordre vom 17. Juni 1712 an die Neumärkische Regierung:

> Nachdem Wir vernommen, daß das Edict wegen Erbau- und Verbesserung der Pfarrgebäude euch nicht zugekommen, noch in der Neumark publicirt worden, sondern daß von Alters her dort die Observanz sei, daß die Gelder,

Digitized by Google

so zur Erbauung und Verbesserung der Pfarrgebäude nöthig gewesen, von denen in matre und filia nach Huben jährlich aufgebracht, die Fuhren aber von sämmtlichen Bauern und die Handdienste von den Kossäthen nach der Reihe entrichtet werden müssen, so lassen Wir es bei sothaner Observanz lediglich bewenden ꝛc.

In der Ordre vom 14. Juli 1712 aber, welche an die Neumärkische Regierung und das Consistorium erlassen ist, heißt es:

Weil nun eurem Berichte nach die Verordnung, kraft welcher die Filialisten eine tertiam zu den Pfarrgebäuden beizutragen verbunden seyen, in der Neumark niemahl Observanz worden, sondern dem dortigen Herkommen nach sowohl mater als filia das ihrige nach Hufenzahl beitragen müssen, so lassen Wir es bei solchem Herkommen ꝛc. um so viel mehr bewenden, da die publicirten Edicte expresse die Beibehaltung der Observanz jedes Orts in sich begreiffen, wonach ihr euch gehorsamst zu achten ꝛc. habt.

Mit Recht nimmt der Appellations-Richter hiernach an, daß die Verordnungen vom 3. Januar, 8. Februar 1699 für die Neumark nicht publicirt und gültig geworden sind, daß vielmehr durch die vorangeführten Rescripte auf ein altes Herkommen verwiesen wird, nach welchem in der Neumark die Beiträge der Gemeinden sowohl in matre als in filia nach Hufen, also nach einem gleichen Verhältnisse aufgebracht werden.

Nun hat v. Kunow in seinem Entwurfe des bestehenden Provinzialrechts der Neumark, rücksichtlich der Kirchen- und Pfarrbaulast in Ansehung der Bauten und Reparaturen einer Landkirche zunächst in den §§. 601. und 602. vorausgeschickt: daß die Hand- und Spanndienste von den Gemeinden geleistet, die Materialien an Holz, Kalk und Steinen

Digitized by Google

aber von den Patronen geliefert werden und sodann folgenden Satz aufgestellt:

§. 608. Wenn die filia kein eigenes Kirchengebäude besitzt, haben die Patrone der Tochterkirchen zu den Bauten und Reparaturen der Mutterkirche mit dem Patrone derselben zu gleichen Theilen beizusteuern,

demnächst folgen in Ansehung der Bauten und Reparaturen einer Landpfarre folgende Sätze:

§. 621. Patrone und Gemeinden sind verpflichtet, dieselben in eben der Art auszuführen, wie solches denselben nach §§. 601. 602. in Betreff der Kirchenbauten obliegt.

§. 622. Der Patron einer Filialkirche trägt zu den Materialien eben so viel bei, als der Patron der Mutterkirche.

Diese Sätze motivirt v. Kunow im Wesentlichen*) durch die von ihm bezeugte Observanz, mit Bezugnahme auf den älteren Entwurf, in welchem zugleich ein sich darauf stützendes Judicat angeführt ist, und auf die in Königsberg N/M. 1815 erschienene „Kurze Darstellung der Rechtsgrundsätze, nach welchen bei Neubauten und Reparaturen der Kirchen-, Pfarr- und Küstergebäude in der Neumark verfahren wird."

Wenn nun der Appellations-Richter durch dies Zeugniß des mit der Feststellung der für die Neumark geltenden provinzialrechtlichen Normen amtlich betraut gewesenen v. Kunow den Beweis für eine in dieser Materie bestehenden Neumärkischen Landes-Observanz für erbracht hält, so erscheint es schon an sich bedenklich, diese wesentlich auf thatsächlichen Momenten beruhende Argumentation ohne Erschütterung der festgestellten Sachlage vermittelst der Nichtigkeits-Beschwerde

*) Ueber das Nähere vergleiche v. Kunow, Motive zum Neumärkischen Prov. Rechte, S. 240—244. 250.

Digitized by Google

für angreifsbar zu erachten. Es stellen sich aber auch sämmtliche Angriffe als verfehlt dar. Denn daß in der Berufung auf das Zeugniß des v. Kunow keine Verletzung des §. 6. Einleitung zum A. L. R. liegt, wonach auf die Meinungen der Rechtslehrer bei Entscheidungen keine Rücksicht genommen werden soll, bedarf keiner weiteren Ausführung. Eben so unrichtig ist die Behauptung des Imploranten, daß v. Kunow die streitige Observanz nur hinsichtlich der Kirchen- nicht aber ausdrücklich bei den Pfarrbauten erwähnt, da die von ihm allegirten Verordnungen vom 17. Juni und 14. Juli 1712 gerade speciell von einer für Pfarrbauten in der Neumark bestehenden Observanz reden. Auch hat der Appellations-Richter in der Würdigung des vom Verklagten angetretenen Gegenbeweises rechtsgrundsätzlich nicht gefehlt. Der Verklagte hat sich berufen:

a) auf die gedruckten ständischen Verhandlungen über das Provinzialrecht der Mark Brandenburg vom Jahre 1836,
b) auf den gedruckten revidirten Entwurf dieses Provinzialrechts nebst Motiven;
c) auf eine Ausführung in Riedels Magazin des Provinzial- und statutarischen Rechts der Mark Brandenburg.

Ad a. ist folgendes zu bemerken: Für die drei Theile der Mark Brandenburg, die Chur-, die Alt- und die Neumark waren im Auftrage des Justiz-Ministers v. Kamptz drei besondere Entwürfe über das in diesen Landestheilen bestehende Provinzialrecht von Scholtz, Götze und v. Kunow ausgearbeitet worden. Gleich in der ersten unter Zuziehung dieser Ministerial-Commissarien, sowie von Abgeordneten der Regierungen von Potsdam, Magdeburg und Frankfurt stattgefundenen Verhandlung der ständischen Deputirten der drei Lan-

Digitized by Google

bestheile, vom 8. November 1836*), wurde beschlossen, daß die Berathung des Provinzialrechts der Alt-, Chur- und Neumark bei allen denjenigen Materien von allen Deputirten erfolgen solle, wo ein gemeinschaftliches Interesse der drei Provinzen vorwalte, wenigstens soweit dasselbe vorwalte, und daß die abgesonderte Berathung nur da eintreten solle, wo sich kein solches gemeinschaftliches Interesse oder wohl gar ein abweichendes Interesse hervorthue. Den Berathungen wurde deshalb der Entwurf für die Altmark zum Grunde gelegt.

In der Verhandlung vom 21. November 1836 kam es zur Sprache, daß die rücksichtlich der subsidiären Bauverbindlichkeit der Patrone und Kirchengemeinden, und deren Repartition bestehenden provinzialrechtlichen Vorschriften, mit Rücksicht auf die neuere Gesetzgebung und die im Laufe der Zeit veränderten Verhältnisse sich ganz oder doch theilweise nicht mehr zur Anwendung bringen ließen, und es wurden für die Punkte, bei welchen dies der Fall zu sein scheine, leitende Grundsätze aufgestellt. Sodann heißt es:

> Im Uebrigen bleiben die provinzialrechtlichen Vorschriften hinsichtlich der Vertheilung unter mehrere Patrone und unter den Gemeinden der Mutter-, Filial- und vagirenden Kirche überall bei Kräften ꝛc.

Dann kommt aber folgende Stelle:

> die Herren Deputirten der Neumark erkennen auf Grund der Verordnung vom 17. Juni und 14. Juli 1712 den in den §§. 621—625. des Neumärkschen Entwurfs aufgestellten Repartitionsfuß zwar als provinzialgesetzlich begründet an, der ꝛc. v. Gerlach bemerkt jedoch, daß in einem im Königsberger Kreise vorgekommenen Falle die Observanz als bestehend angenommen sei,

*) Weiteres über diese Conferenz-Verhandlungen siehe bei v. Kunow Motive, S. 5—9., 33—54., 88—94. u. s. w.

Digitized by Google

1) daß der Antheil an den Pfarrbauten unter den Patronen nach Raten, die sich im Allgemeinen auf die Größe der Dörfer beziehen, festgestellt werde,
2) daß nach demselben Verhältnisse der Antheil der Unterthanen festgestellt, und hierbei nach dem Consistorial-Rescripte vom 3. Januar 1699 secundum capita verfahren werde.

Man könnte, sagt der Herr Deputirte, dies für Localobservanz halten, wenn es nicht so ganz mit den in der Churmark geltenden Grundsätzen stimmte ꝛc; es stehe vielmehr den Bestimmungen der Druckschrift: Königsberg N/M., die sonst als Norm gelten, direct entgegen.

In Betreff der Beitragspflicht zu den Kirchenbauten bestimmte der Altmärksche Entwurf:

§. 493. Bedienen sich aber Tochter- und andere verbundene Gemeinden zu ihren gottesdienstlichen Handlungen der zu bauenden oder zu bessernden Kirche, so tritt das Verhältniß ein, daß jeder Bauer, Kossäth oder Büdner in jeder Filialgemeinde die Hälfte ꝛc. von dem entrichtet, was ein Pflichtiger gleicher Qualität bei der Mutterkirche beizutragen hat.

§. 494. Unter gleicher Bedingung und im gleichen Verhältnisse haben die Patrone der Filial- ꝛc. Gemeinden zu den Patronatsleistungen beizutragen.

In der Verhandlung vom 19. November 1836 S. 85. 86. war man allgemein mit dem Entwurfe für die Altmark §§. 491—493. bezüglich der Alt- und Churmark einverstanden.

Dagegen bemerkte der Abgeordnete der Regierung zu Frankfurt, daß die §§. 493. und 494. für die Neumark nicht anerkannt werden könnten, weil dort Patron und Eingepfarrte in matre et filia gleich viel beitrügen. Zu dem

Digitized by Google

§. 613. des Entwurfs für die Neumark werde jedoch auf den Grund zweier Judicate ꝛc. hinzugefügt werden müssen, daß in gleichem Verhältnisse Patrone der Filial- und Gastgemeinden gleichviel zu den Leistungen beitrügen; daß, wenn mehrere Tochterkirchen vorhanden seien, soviel Theile gemacht werden müssen, als Patrone in der Mutter- und den Tochterkirchen vorhanden, so daß also auch in diesem Falle der Patron in matre zu den Materialien nicht mehr beizutragen schuldig, als jeder Patron in den Tochterkirchen ꝛc.

Die Herren Deputirten der Neumark erklären jedoch, daß sie die §. 613. des Entwurfs für die Neumark vorgetragene Observanz so wenig, als den vom Herrn Regierungs-Abgeordneten in Antrag gebrachten Zusatz für provinzialrechtlich anerkennen könnten, vielmehr daran festhalten müßten, daß über die vorliegende Materie in der Neumark nichts Anderes Rechtens sei, als in der Alt- und Churmark.

Daß durch diese Auslassung der ständischen Deputirten, auf welche Implorant sich beruft, das Zeugniß des v. Kunow allein noch nicht erschüttert wird, liegt auf der Hand. Denn einmal wird die Rechtsansicht der Ersteren, daß in der Neumark nichts anderes, als was in der Alt- und Churmark auf Grund der Verordnung vom 3. Januar und 8. Februar 1699 Rechtens sei, gelte, mit Rücksicht darauf, daß diese Erlasse nach den Verordnungen vom 17. Juni und 14. Juli 1712 in der Neumark nicht publicirt, also auch nicht maaßgebend geworden sind, wenn nicht geradezu widerlegt, so doch mindestens in hohem Grade bedenklich. Sodann aber steht die gedachte Erklärung in der Verhandlung vom 19. November 1836 mit der späteren im Protocoll vom 21. November 1836 abgegebenen, oben angeführten, so wie mit der ohne Widerspruch abgegebenen Erklärung des Deputirten v. Gerlach in directem Widerspruche. Dieser läßt sich nur dann lösen, wenn man

Digitized by Google

man annimmt, daß, da die Verordnungen vom 8. Februar 1699 und vom 17. Juni und 14. Juli 1712 ausdrücklich nur von Pfarrbauten sprechen, die Deputirten eine von der in dieser Hinsicht nach der ersten Verordnung in der Alt- und Churmark geltenden Observanz abweichende provinzialrechtliche Norm für die Neumark auf Grund der beiden letzten Verordnungen nur für Pfarrbauten (Protocoll vom 21. November 1836) nicht aber auch für Kirchenbauten (Protocoll vom 19. November 1836) haben anerkennen wollen. Soweit es sich daher um Pfarrbauten handelt, und dies ist gerade im vorliegenden Processe der Fall, wird sonach das Zeugniß des v. Kunow durch die in Rede stehenden Conferenz-Verhandlungen nicht entkräftet, sondern bestärkt.

Ad b. Der revidirte Entwurf des Provinzialrechts der Mark Brandenburg, Berlin 1841, nebst Motiven ist eben nur ein Entwurf, der noch nicht zum Gesetze erhoben ist, und ergiebt in den Motiven Seite 36—44. ganz klar, daß noch im Jahre 1841 über die Richtigkeit des im v. Kunowschen Entwurfe §§. 622. 624. aufgestellten Repartitionsverhältnisses, als des bisher auf Grund der nach den Verordnungen vom 17. Juni und 14. Juli 1712 bestehenden Observanz für die Neumark geltenden, in Bezug auf Pfarrbauten gar kein Streit oder Zweifel obgewaltet hat, und daß, weil diese Verordnungen bloß von Pfarrbauten sprechen, das Bestehen einer gleichen Observanz in Betreff der Kirchenbauten in Abrede gestellt ist; ebenso aber auch, daß weil zum Fortbestehen solchen Unterschiedes für beide Arten von Bauten kein Bedürfniß anerkannt, auf die Gleichstellung aller drei Theile der Mark in dieser Materie wünschenswerth erachtet wurde, jener in der Neumark observanzmäßig geltende Satz auch rücksichtlich der Pfarrbauten, dem Antrage der Stände gemäß, durch Nichtaufnahme in das Provinzialgesetz der Mark

Digitized by Google

Brandenburg künftig wegfallen, also außer Geltung gesetzt werden sollte. Man kann daher der Ausführung des Appellations-Richters in dieser Beziehung nur beitreten.

Ad c. kann die lediglich auf thatsächlichen Momenten beruhende Annahme des Appellations-Richters, daß die in Riedel's Magazin Band 1. gemachten Anführungen die Richtigkeit des noch anderweit bestätigten Zeugnisses v. Kunow's nicht in Zweifel zu stellen geeignet seien, ganz abgesehen davon, daß jenes Werk eine Privat- v. Kunow's Entwurf dagegen eine amtliche Arbeit ist, offenbar mit der Nichtigkeits-Beschwerde nicht angegriffen werden. Ueberdies läßt Implorant unbeachtet, daß Riedel am angeführten Orte S. 463. sagt, in Betreff des Beitragsverhältnisses zwischen Tochter- und Muttergemeinden weicht die in der Neumark herkömmliche Verfassung von der Churmärkischen ab, in sofern nach jener Filiasten ꝛc. ein gleicher Beitrag wie der Muttergemeinde obliege, und daß er dafür rücksichtlich der Mutterkirche B. und der Filiale K. und V., welche drei Orte sämmtlich im Königsberger Kreise in der Neumark liegen, ein Attest des Amtes B. vom 1. September 1779 in Bezug nimmt.

Wenn hiernach der Appellations-Richter auf Grund des v. Kunow'schen Entwurfs §. 622. mit Recht angenommen hat, daß nach dem in der Neumark obwaltenden Provinzialrechte die Patrone der Tochterkirchen zu Pfarrbauten eben so viel, wie der Patron der Mutterkirche beizutragen haben, und wenn sämmtliche hiergegen gerichteten Angriffe des Imploranten unbegründet sind, so kommt es bei dem Bestehenbleiben dieses selbstständigen und Hauptentscheidungsgrundes offenbar auf alle weiteren dem Vorderrichter gemachten Vorwürfe nicht an. Es kann deshalb auch ganz dahingestellt bleiben, ob dessen Argumentation darüber: welche Bestim-

Digitized by Google

mungen für den Fall, daß das Neumärkische Provinzialrecht keine diesfällige Normen enthielte, analog anzuwenden sein möchten? vom Imploranten in irgend wie zutreffender Weise angegriffen erscheinen dürften.

Die Nichtigkeits-Beschwerde war deshalb als unbegründet zurückzuweisen.

№ 43.

Stadt- und Landkirchen.

Kann bei Vertheilung der Kosten von Kirchen- und Pfarrbauten, zwischen dem Patrone und den Eingepfarrten, und bei Festsetzung des Kostenantheils des ersteren, davon ausgegangen werden, daß eine Kirche, zu welcher Einwohner von Stadt und Land eingepfarrt sind, gleichzeitig eine Stadt- und eine Landkirche sei?

oder

ist der Beitrag des Patrones in einem solchen Falle nur entweder nach dem bei Stadtkirchen, oder nach den bei Landkirchen im Allg. Landrechte gegebenen Vorschriften zu bestimmen? hängt die Entscheidung dieser Frage von der örtlichen Lage der Kirche, resp. von der Eigenschaft der Eingepfarrten als Stadt- oder Landbewohner ab?

A. L. R. Thl. II. Tit. 11. §§. 714 ff. 731—740.

Unweit der Stadt Rakwitz (Provinz Posen) liegt das adlige Gut und das Dorf gleichen Namens; die drei Feld-

Digitized by Google

marken grenzen aneinander. Mitten inne steht die katholische Pfarrkirche. Der Besitzerin des Gutes, Gräfin Cz., steht das Patronat dieser Kirche zu. Dieselbe genehmigte es, daß der Kirchenvorstand auf dem Gehöfte des Pfarrers einen Bau durch den Zimmermeister G. ausführen ließ, weigerte sich aber demnächst, mehr als ein Drittheil der entstandenen Kosten zu zahlen, indem sie die Kirche für eine Stadtkirche erklärte und danach ihren Patronats-Beitrag abmaaß. Der Kirchen-Vorstand hielt dagegen die Kirche für eine Landkirche und aus diesem Grunde die Patronin zur Tragung von zwei Drittheilen der Kosten für verpflichtet, und er stellte gegen die Gräfin Cz. Klage an, mit den beiden Anträgen:

dieselbe zu verurtheilen:

1) anzuerkennen, daß die gedachte Kirche eine Land-Kirche sei;
2) dem Kirchenvorstande noch ein Drittheil der entstandenen Kosten mit 68 Thlr. 15 Sgr. 6 Pf., zu zahlen, oder den ersteren von der Schuldverbindlichkeit gegen den Zimmermeister G. zu befreien.

Das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Wollstein (vom 21. Januar 1863) sprach die Abweisung des Klägers aus; das Urtel des Appellations-Gerichts zu Posen (vom 11. Februar 1864) bestätigte das erste Erkenntniß mit der Maaßgabe:

daß das Kirchencollegium mit dem Antrage: die katholische Kirche zu R. für eine Landkirche zu erklären, wegen fehlender Activlegitimation, und mit dem Antrage: die Gutsherrschaft zur Zahlung von 68 Thlr. 15 Sgr. 6 Pf. zu verurtheilen, angebrachtermaaßen abzuweisen.

Der Kirchenvorstand legte eine Nichtigkeits-Beschwerde ein, in deren Folge der erste Senat des Ober-Tribunales, durch Erkenntniß vom 3. November 1865, die Nichtigkeits-Beschwerde in Betreff des ersten Klageantrages zurückgewiesen;

Digitized by Google

im Uebrigen aber das Urtel zweiter Instanz vernichtet, und unter Abänderung des ersten Erkenntnisses die Sache in die erste Instanz zur Vervollständigung der Beweisaufnahme über die streitigen Thatsachen: ob die in Rede stehende Kirche auf dem Gebiete der Stadt Rakwitz, oder des Gutes, oder des Dorfes dieses Namens steht, und ob die Gutsherren von Rakwitz zu den Kirchen- und Pfarrbauten bis in die neueste Zeit stets zwei Drittheile der Baukosten, wo nicht das Ganze, gezahlt haben, sowie zur anderweitigen Entscheidung der Sache zurückgewiesen hat.

Die Entscheidung des ersten Punktes beruhet, um dies nur kurz zu erwähnen, auf der Annahme, daß es bei derselben um den Umfang der Leistungen des Patrons und der Eingepfarrten zu Kirchen- und Pfarrbauten überhaupt, sich handle, und daß zu einer solchen weitgreifenden, den Mitgliedern der Kirchengemeinde präjudizirlichen Verhandlung, der Kirchenvorstand allein nicht berechtigt sein würde.

Hinsichts des zweiten, nur angebrachtermaaßen in zweiter Instanz abgewiesenen Antrages aber, enthält das Urtel die nachfolgenden

Gründe.

Der Appellations-Richter rechtfertigt seinen Spruch zuvörderst durch die Ausführung: das Allg. Landrecht regele die Beitragspflicht zu Kirchen- und Pfarrbauten nach der Beschäftigung der Eingepfarrten und deren persönlichen Verhältnissen. Bei Landkirchen hätten dieselben die Hand- und Spanndienste und ein Drittheil der Geldbeiträge zu übernehmen, während der Patron zwei Drittheile der letzteren trage; bei Stadtkirchen würden die Dienste zu den Geldleistungen hinzugeschlagen und diese zu einem Drittheile vom Patrone und zu zwei Drittheilen von den Einpfarrten gefordert. Das sei so vorgeschrieben, weil bei Landleuten die Leistung

Digitized by Google

von Diensten keine Schwierigkeit habe, in den Städten aber nicht thunlich sei. Es komme also auf den actuellen Zustand an, und wo, wie hier, eine Stadt- und mehrere Landgemeinden zu einer Kirche eingepfarrt seien, die letztere auch an einer Stelle stehe, die sie geeignet mache, die Bedürfnisse sowohl der Stadteinwohner, als der Landleute zu befriedigen, nämlich außerhalb der letzten Häuser der Stadt, aber in deren unmittelbaren Nähe, da sei die Kirche eine Land- und Stadt-Kirche zugleich, es komme aber nicht darauf an, ob sie auf städtischer oder ländlicher Feldmark liege. „Wenn also," heißt es dann weiter, „die Kirche eine Stadt- und Landkirche zugleich ist, so steht dem Kirchencollegium, welches selbst mit dem Zimmmeister G. wegen des Baues contrahirt hat, ein Anspruch gegen die Gutsherrschaft zu, derselbe muß aber anders fundirt werden. Deshalb wird die gegenwärtige Klage nur in angebrachter Art zurückgewiesen."

Diese Schlußworte drücken nicht näher aus, welche andere Begründung der Appellations-Richter für diesen zweiten Klage-Antrag fordert. Jedenfalls steht aber nach seiner Meinung diesem Anspruche des Klägers auch der Umstand entgegen, daß die Kirche nicht lediglich für eine Landkirche soll erachtet werden können, wovon ja die Verpflichtung des Patrones, zur Tragung von zwei Drittheilen der Geldkosten eines kirchlichen Baues, abhängt. Denn es folgt aus der Ausführung des Appellations-Richters, daß er bei einer Kirche, die er gleichzeitig für eine Land- und Stadtkirche erklärt, die Beitrags-Pflicht sowohl der Eingepfarrten, als des Patrons, nach diesen beiden Eigenschaften der Kirche bestimmen zu müssen meint, er also eine zwiefache Vertheilung der Beiträge für nöthig hält, so, daß für die Einwohner der Stadt die bei Stadtkirchen vorgeschriebene Art der Aufbringung der Beiträge, für die Eingepfarrten vom Lande dagegen die für Land-

Digitized by Google

kirchen gebotene zur Anwendung kommen und ebenso der Patron nach verschiedenem Maaße, nämlich ein Drittheil von den auf die städtischen Eingepfarrten fallenden Baukosten und zwei Drittheile der auf die ländlichen Eingepfarrten (außer den von diesem zu leistenden Diensten) zu vertheilenden Geldbeiträge beizusteuern, also auch nach diesem Verhältnisse die im gegenwärtigen Falle noch streitige Summe zu berichtigen haben wird.

Gegen diese rechtliche Auffassung ist nun die Nichtigkeits-Beschwerde ebenfalls gerichtet, und die Beurtheilung dieses Rechtsverhältnisses, auf welche es bei dem ersten Klagepunkte nicht ankam, muß daher hier stattfinden, wenn gleich mit Beschränkung auf den gerade vorliegenden Fall.

Die Nichtigkeits-Beschwerde behauptet: das Allg. Landrecht kenne in den §§. 731. 740. Tit. 11. Thl. II. in Beziehung auf die Beitrags-Pflicht zu Bauten und zur Unterhaltung der Kirchen- und Pfarrgebäude nur Stadtkirchen oder Landkirchen, und es nehme nicht an, daß eine Kirche beide Eigenschaften zugleich haben könne. Dies sei auch überhaupt nicht zulässig, und jedenfalls müsse die eine Eigenschaft überwiegen. Der Appellations-Richter hätte nach der geographischen Lage der Kirche und den etwa sonst sich darbietenden, auch in der Klage hervorgehobenen Umständen, entscheiden müssen, ob die Kirche eine Landkirche sei, wie der Kläger behaupte. Es sei daher gegen die §§. 731. 740. l. c. gefehlt, und der Anspruch auf Zahlung von 68 Thlr. 15 Sgr. 6 Pf. resp. auf Liberation von dieser Schuld gegen den Zimmermeister G., sei begründet, wenn die Kirche in Rakwitz eine Landkirche sei.

Allerdings sind nun auch vom Appellations-Richter die bezeichneten landrechtlichen Bestimmungen durch die Annahme: daß eine Kirche gleichzeitig eine Land- und eine Stadtkirche

Digitized by Google

sein könne, verletzt worden. Das Allg. Landrecht kennt in der That eine solche zwiefache Eigenschaft einer Kirche nicht. Es spricht von Stadtkirchen und von Landkirchen an keiner anderen Stelle, als an der, wo im Tit. 11. Thl. II. von Aufbringung der Kosten zu Kirchenbauten die Rede ist. Zuerst wird hier der Landkirchen gedacht. Nachdem in den §§. 712—713. von der principalen Verpflichtung des Kirchen-Vermögens zur Bestreitung solcher Kosten, so weit dies ohne Nachtheil für die aus demselben zu berichtigenden jährlichen Ausgaben geschehen könne, gehandelt worden, heißt es im §. 714.:

> Auch müssen, bei Landkirchen, die Eingepfarrten in jedem Falle, ohne Unterschied, die nöthigen Hand- und Spanndienste unentgeltlich leisten.

Die folgenden §§. 715—718. bringen nähere Bestimmungen über die Vertheilung dieser Dienste unter die Eingepfarrten, nach demselben Verhältnisse, wie bei Gemeindediensten, (und dergleichen mehr) und im §. 716. heißt es namentlich:

> Eingepfarrte, welche nicht zu der Gemeinde des Dorfes, wo die Kirche liegt, gehören, ... müssen dennoch zu den Hand- und Spanndiensten bei Kirchenbauten und Reparaturen beitragen.

Hieraus erhellet also deutlich, daß eine Landkirche eine solche ist, die in einem Dorfe liegt, und ebenmäßig wird daher unter einer Stadtkirche das Allg. Landrecht eine in einer Stadt befindliche verstehen. Die gewöhnliche Bedeutung beider Benennungen drückt dies ebenfalls aus. Im §. 719. das. folgt dann die Vorschrift für Stadtkirchen, indem dieser §. 719. verordnet:

> Bei Stadtkirchen werden die erforderlichen Hand- und Spanndienste zu den übrigen Kosten geschlagen.

Digitized by Google

Und von den aufzubringenden Geldbeiträgen zu diesen Bauten heißt es dann an späteren Stellen:

im §. 731. Der Geldbeitrag wird bei Landkirchen zwischen dem Patrone und der Kirchengemeinde dergestalt vertheilt, daß der Patron zwei Drittel, die Eingepfarrten aber ein Drittel beitragen,

wogegen

§. 740. sagt: Bei Stadtkirchen geschieht die Vertheilung zwischen dem Patrone und den Eingepfarrten dergestalt, daß Ersterer ein Drittel, Letztere aber zwei Drittel beitragen.

Nichts deutet in diesen Vorschriften auf die Meinung hin, daß eine Kirche Beides zugleich, Stadt- und Landkirche, sein könne. Und doch lag es ganz nahe, dieses auszusprechen und für diesen Fall eine Vorschrift zu erlassen, wenn bei dessen Eintritt eine solche Vertheilung der Baulast stattfinden sollte, die weder der bei Stadtkirchen, noch der bei Landkirchen angeordneten entsprach. Denn von jeher sind, zu Stadtkirchen wenigstens, auch Einwohner vom Lande, sehr häufig mehrere Dorfgemeinden, eingepfarrt gewesen, und wenn auch selten städtische Einwohner zu Landkirchen gewiesen sind, so genügte doch schon das Erstere, um die Nothwendigkeit einer gesetzlichen Bestimmung für diesen Fall, unter jener Voraussetzung, hervortreten zu lassen.

Daß diese thatsächlichen Verhältnisse bei Redaction des Allgemeinen Landrechtes nicht übersehen worden sind, ergiebt sich auch aus den eingesehenen Materialien des Allgemeinen Landrechtes. Schon in dem ersten schriftlichen Entwurfe zu dem gegenwärtigen eilften Titel zweiten Theils des Landrechts, war die Leistung der zu Kirchenbauten erforderlichen Dienste durch die Eingepfarrten, wie die Lieferung der Baumateria-

Digitized by Google

lien durch den Kirchenpatron, zugleich aber vorgeschlagen worden, daß bei Kirchen städtischen Patronates alle Baukosten aus der Kämmereicasse bestritten werden sollten, mit dem Zusatze jedoch, „wofern nicht die miteingepfarrten Dörfer dabei durch Dienste Beiträge leisten müßten.“ Die späteren Entwürfe brachten einzelne Aenderungen. Der darauf folgende gedruckte Entwurf des Allgemeinen Gesetzbuches behandelte das Kirchenrecht in seinem I. Theile, II. Abtheilung Titel 6., und bestimmte hier, unter Anderem:

§. 529. Die Eingepfarrten müssen ohne Unterschied in jedem Falle die nöthigen Spanndienste unentgeltlich leisten.

§. 530. Die Vertheilung der Hand- und Spanndienste muß unter die Eingepfarrten nach eben dem Verhältnisse geschehen, wie bei Gemeindediensten.

§. 533. Ist das Kirchenvermögen zur Bestreitung der übrigen Ausgaben und Kosten, außer den Diensten, nicht hinreichend, so müssen solche, der Regel nach, vom Patron und den Eingepfarrten gemeinschaftlich getragen werden.

§. 540. Der Geldbeitrag wird zwischen dem Patron und der Kirchengemeinde nach der zum Kirchspiel gehörenden Hufenzahl vertheilt.

§. 541. Doch werden dabei die Dominial- und Ritterhufen des Patrones doppelt in Anschlag gebracht.

§. 543. Hat der Patron keine Hufen in der zum Kirchspiel gehörenden Feldmark, so entrichtet er ein Drittheil und die anderen zwei Drittheile müssen von den Eingepfarrten zusammengebracht werden.

§. 544. Der nach §§. 540—543. bestimmte Beitrag der Eingepfarrten wird unter sie nach dem Contributionsfuße vertheilt.

§. 546. In den Städten geschieht die Vertheilung unter

Digitized by Google

den Eingepfarrten auf eben die Art, wie andere gemeinpersönliche Lasten der bürgerlichen Einwohner nach jeden Ortes Verfassung aufgebracht werden.

Diese letzte Bestimmung, über die Vertheilung der Geldbeiträge unter die Eingepfarrten in den Städten, ist die einzige Unterscheidung, welche in Bezug auf die kirchliche Baulast der Eingepfarrten zwischen Stadt und Land, in dem gedruckten Entwurfe gemacht war. In Folge eines Moniti, welches hervorhob, daß die obigen Vorschriften wohl nur bei Dörfern und höchstens bei Ackerstädten Anwendung finden könnten, erklärte Suarez in der Revisio monitorum: es sei dort allerdings auf den Unterschied zwischen Stadt- und Landkirchen nicht immer genug reflectirt. Vieles, was allgemein gesagt sei, finde nur bei Landkirchen Anwendung. Dahin gehöre §. 529. und 530. Diese ließen sich bei Stadtkirchen gar nicht anwenden, sondern die nothwendigen Hand- und Spanndienste würden dort mit veranschlagt werden müssen. Andere Erinnerungen betrafen die Bestimmung des Beitragsverhältnisses des Patrones nach der Hufenzahl, namentlich in den Städten. Es ward bemerkt, daß in Schlesien der Patron, ohne Rücksicht auf die Hufenzahl, zwei Drittheile, die Eingepfarrten ein Drittheil beitrügen. Suarez erklärte hiezu in der Rev. monitorum, daß bei Stadtkirchen für den Patron der Contributionsfuß nicht dienen könne, und daß er hier das Principium des §. 543. des Entwurfes, in ein Drittheil und zwei Drittheilen für billig halte, weil die städtischen Parochiani keine Hand- und Spanndienste leisten, die den Land-Parochianis in etwas zu Statten kommen und ihren Beitrag vermindern müßten. In dem Extractus monitorum findet sich dann am Rande, von Suarez Hand, die Bemerkung: „Conclus: der Patron trägt zwei Drittheile ohne Rücksicht auf die Hufenzahl; bei

Digitized by Google

Stadtkirchen die Hälfte." Dennoch ist schließlich in den §§. 731. und 740. Tit. 11. Thl. II. des A. L. R. nur bei Landkirchen der Patronatsbeitrag auf zwei Drittheile, bei Stadtkirchen dagegen auf ein Drittheil festgesetzt worden.

Aus dieser Uebersicht der legislatorischen Vorarbeiten ergiebt sich, daß man des Unterschiedes zwischen Stadt und Land bei diesem Rechtsverhältnisse sich wohl bewußt gewesen ist, daß man in dieser Beziehung Stadtkirchen und Landkirchen hat unterscheiden, die Beiträge der Eingepfarrten und des Patrones zu Stadtkirchen anders bestimmen wollen, als zu Landkirchen, zugleich aber, daß man als eine Stadtkirche diejenige angesehen hat, welche in einer Stadt sich befindet, und als Landkirche eine auf dem Lande, in einem Dorfe liegende. Die Eingepfarrten einer Stadtkirche werden Stadt-Parochiani genannt, und es wird von ihnen gesagt, daß sie keine Dienste leisten könnten, deshalb einen höheren Geldbeitrag entrichten müßten; es wird für den Patron einer Stadtkirche der Contributionsfuß nicht anwendbar erklärt; die Eingepfarrten der Landkirche heißen Landparochianen, sie werden zur Leistung der Baudienste für geeignet erachtet, deshalb im Geldbeitrage erleichtert, und endlich ist der Kostenbeitrag des Patrons einer Stadtkirche niedriger bestimmt, als der einer Landkirche. Obgleich indessen davon gesprochen wurde, daß zu einer Stadtkirche auch Dörfer eingepfarrt sein könnten, so ist daraus doch keine Veranlassung genommen worden, in diesem besonderen Falle die Beiträge der Patrone und der Eingepfarrten nach einem anderen Maaßstabe, als den für Stadtkirchen festgesetzten zu bestimmen. Der in dem ersten schriftlichen Entwurfe für diesen Fall gemachte Vorschlag, von den zu einer in der Stadt liegenden Kirche mit eingepfarrten Dörfern Dienste zu fordern, betraf nicht den Vertheilungsmaaßstab, und derselbe ist später überhaupt nicht weiter be-

Digitized by Google

achtet worden. Augenscheinlich ist also die örtliche Lage der Kirche als das Entscheidende für den Begriff von Stadt- und von Landkirchen angesehen worden; a potiori facta est denominatio.

Für die Entscheidung des gegenwärtigen Processes kommt außerdem in Betracht, daß hier nicht zwischen den Eingepfarrten der Kirche zu Rakwitz über die Höhe des Beitrages, den die in der Stadt und die auf dem Lande Wohnenden zu entrichten haben, sondern zwischen dem Kirchen-Collegium und dem Patrone über die Höhe des Beitrages dieses Letzteren gestritten wird. Es wird vom verklagten Patrone der Kostenbeitrag, welchen das Gesetz dem Patrone einer Landkirche auferlegt, gefordert, während derselbe behauptet, daß die Rakwitzer Kirche in der Stadt dieses Namens stehe, und also nur der geringere Beitrag des Patrones einer Stadtkirche ihm obliegen könne. Kläger selbst behauptet nicht, daß diese Kirche zugleich Stadt- und Landkirche sei. Findet sich aber weder in den Vorarbeiten zum Allgemeinen Land-Rechte, noch in diesem Gesetzbuche selbst, eine Andeutung für die Anerkennung eines solchen doppelten Charakters einer Kirche, so kann doch von dem Patrone einer und derselben Kirche nicht behauptet werden, daß er Patron sowohl einer Stadt- als einer Landkirche sei. Die Rücksicht auf die zu einer Kirche eingepfarrten Einwohner, aus der Stadt und vom Lande, kann es vielleicht als zweckmäßig erscheinen lassen, bei Aufbringung der Beiträge zu Kirchenbauten unter diesen verschiedenen Eingepfarrten, die Verschiedenheit der Lebensverhältnisse dieser Personen zu berücksichtigen, aber der Patron steht doch der Kirchengemeinde, oder den Eingepfarrten immer nur in dieser einen Eigenschaft gegenüber. Es wird nicht darnach gefragt, ob er in der Stadt oder auf dem Lande wohne; das Patronat kann auch bei moralischen Per-

Digitized by Google

sonen beruhen; der Beitrag des Patrones bleibt für alle Fälle auf einen Antheil der Baukosten, den er in Gelde zu zahlen hat, bestimmt, und auch die Baumaterialien, die er etwa besitzt, und dann nach §. 729. a. a. O. zum Kirchenbau hergeben soll, werden ihm, zufolge §. 730., auf den Geldbeitrag zu gute gerechnet.

Verordnet nun das Gesetz, daß bei Landkirchen der Antheil des Patrones an den aufzubringenden Baukosten zwei Drittheile derselben, bei Stadtkirchen nur ein Drittheil betrage, (§§. 731. 740. das.) so ist damit jeder andere Vertheilungsmaaßstab für den Patron ausgeschlossen. Es ist nicht einzusehen, wie der Richter befugt sein könne, hiervon abzuweichen.

Allerdings hat der erste Senat des Ober-Tribunales in einem früheren Falle, in welchem der Kirchenpatron klagend aufgetreten war, eine andere rechtliche Meinung für die richtige gehalten, und deshalb in einem, (in Koch's schlesischem Archiv, Bd. 3. mitgetheilten) Erkenntnisse vom 28. Januar 1835, die Entscheidung zweiter Instanz bestätigt, welche dahin ergangen war, daß die Verbindlichkeit zur Tragung der damals streitigen Pfarrbaukosten nicht unbedingt nach den bei Stadtkirchen stattfindenden Vorschriften zu bestimmen, vielmehr bei Unzulänglichkeit des Kirchen-Vermögens sämmtliche Baukosten von den verklagten Gemeinden zu tragen, und Kläger verbunden, zu denselben, soweit sie auf die eingepfarrten Dorfgemeinden fallen, zwei Drittheile, soweit sie auf die miteingepfarrte Stadtgemeinde fallen, ein Drittheil beizutragen. Es ist damals auf die Eigenschaft der Eingepfarrten, als Stadt- oder Landgemeinden, das entscheidende Gewicht gelegt, und angenommen worden, daß das Allg. Landrecht, um dieser persönlichen und Besitzverhältnisse der Eingepfarrten willen, die Beiträge der Stadt- und Landgemeinden so, wie geschehen,

Digitized by Google

verschieden festgesetzt habe, und diese Richtschnur daher auch in dem Falle befolgt werden müsse, wo zu einer Kirche sowohl eine Stadt-, als auch Landgemeinden gehören, daraus aber auch folge, daß in diesem Falle der Patron ebenfalls nach einem zwiefachen Maaßstabe beizutragen verpflichtet sei. Diese Meinung ist jedoch schon bei einem späteren Falle von dem Senate nicht mehr für richtig gehalten worden, die damals ergehende Entscheidung konnte aber auch noch durch einen anderen Grund gerechtfertigt werden und es wurde deshalb dieser allein für dieselbe benutzt. Die Streitfrage ist gegenwärtig abermals erwogen worden und der Senat ist aus den oben entwickelten Gründen zu dem Beschlusse gelangt, jene frühere Ansicht aufzugeben, hat sich auch für berechtigt gehalten, das Plenum des Ober-Tribunales dieserhalb nicht erst zu Rathe zu ziehen, wie ihm dies durch das Gesetz vom 7. Mai 1856 §. 5. Nr. 1. gestattet ist. Das Urtel zweiter Instanz hat daher in soweit vernichtet werden müssen, als es den klagenden Kirchenvorstand mit dem Antrage auf Nachzahlung eines zweiten Drittheils der entstandenen Baukosten, gegen den Kirchenpatron angebrachtermaaßen und zwar aus dem Grunde abgewiesen hat, weil die Rakwitzer Kirche gleichzeitig als eine Stadtkirche und als eine Landkirche anzusehen sei, was eine andere (nicht näher bezeichnete) Art der Vertheilung dieser Kosten nöthig mache.

Dieser Entscheidungsgrund ist unrichtig, da der Beitrag des Kirchenpatrones zu solchen Baukosten nach dem Umstande sich richtet, ob die Kirche eine Stadt- oder eine Landkirche ist? und diese Frage wieder nach der örtlichen Lage der Kirche, ob auf städtischem, oder auf ländlichem Gebiete? zu beantworten ist. Ob hieraus auch folge, daß alle Eingepfarrten einer Kirche, ohne Unterschied, ob sie städtische Einwohner oder Landleute sind, den auf ihre Gesammtheit, dem Patrone

Digitized by Google

gegenüber, fallenden Beitrag von resp. einem Drittheile oder zwei Drittheilen der Kosten nur nach einem und demselben Maaßstabe leisten müssen, oder ob bei Vertheilung des den Eingepfarrten obliegenden Antheils der Kosten deren persönliche und Besitzverhältnisse, oder Eigenschaften, berücksichtigt werden, also z. B. den Eingepfarrten vom Lande die Verrichtung von Baudiensten, statt eines Theiles der nöthigen baaren Zahlungen zum Baue einer Stadtkirche gestattet werden dürfe? darüber war gegenwärtig nicht zu entscheiden und diese Frage bleibt daher unberührt.

In der Hauptsache konnte hiernächst auch das erste Erkenntniß nicht bestehen bleiben, weil dieses den Kirchenvorstand aus dem Grunde abgewiesen, weil er nicht dargethan, daß die Kirche zu Rakwitz eine Landkirche sei, es aber zugleich die Behauptung des Klägers: daß die Kirche nicht auf städtischem, sondern auf ländlichem Gebiete stehe, und den darüber angetretenen Beweis, für unerheblich erachtet hat, weil es auf die örtliche Lage der Kirche nicht ankomme. In den Gründen des ersten Erkenntnisses ist hierbei auf jenes ältere Revisions-Urtel vom 28. Januar 1835 Bezug genommen worden, hierüber also nichts weiter zu sagen. Es kommt aber jetzt noch darauf an, den ausgesetzt gebliebenen Beweis zu erheben, und zu dem Ende sind alle in der Klageschrift unter Beweis gestellten Thatsachen, da sie theils direct, theils indirect zu jenem Beweise dienen können, zu erheben; ebenso ist aber auch der in der Beantwortung der Klage angebotene Gegenbeweis aufzunehmen.

Digitized by Google

№ 44.

Hohenzollern. Kirchenbaupflicht der Decimatoren.

Erstreckt sich die subsidiarische Verpflichtung der Decimatoren zum Kirchenbau — Conc. Trident. Sessio 21. c. 7. de reformatione — auch auf Seiten-Altäre, Thurm, Glocken und Uhr?

Auf dem Zehnten in dem Kirchspiel Walbertsweiler (Hohenzollernschen Lande), welcher bisher dem Fürstlich H. Hausfideicommisse zustand, ruhte die subsidiarische Verpflichtung, die dortige katholische Pfarrkirche zu bauen und zu unterhalten, in Gemäßheit des Beschlusses des Tridentiner Concils Sess. 21. c. 7. de reformatione. Bei der Ablösung des Zehnten nach Vorschrift des Gesetzes vom 28. Mai 1860 kam zufolge §. 16. die Abfindung wegen dieser Baulast zur Verhandlung und entstanden zwischen der Fürstlichen Hofkammer und der Pfarrkirche Contestationen über den Umfang der Baupflicht. Während die Erstere die Baulast auf das Langhaus der Kirche, den Chor, die Kanzel, den Taufstein, den Haupt-Altar und die Stühle beschränken wollte, behaupteten die Vertreter der Kirche, daß die Baupflicht sich auch auf die Seiten-Altäre, den Thurm, die Glocken und die Uhr ausdehne.

Die Regierung zu Sigmaringen als Spruchcollegium für die landwirthschaftlichen Angelegenheiten wies durch Erkenntniß vom 10. März 1862 die Kirche mit diesem Anspruche ab, weil die subsidiäre Baupflicht der Decimatoren sich nach dem canonischen Rechte lediglich auf die Kirchengebäude

Digitized by Google

beziehe und weil die in der Klage bezeichneten Gegenstände nicht wesentliche und nothwendige Bestandtheile einer katholischen Kirche seien.

Auf die Appellation der Kirche erkannte dagegen das Revisions-Collegium für Landes-Cultur-Sachen am 12. December 1863 reformatorisch, daß die Fürstliche Hofkammer für verbunden zu erachten, im Falle die Mittel der Kirchenfabrik der Kirche zu Walbertsweiler dazu nicht ausreichten, auch den Kirchthurm, die Glocken, die Thurmuhr und die beiden Seiten-Altäre der Kirche zu bauen und zu unterhalten.

Die Hofkammer hat gegen das Appellations-Urtel die Revision angemeldet, dasselbe ist jedoch am 8. November 1864 von dem fünften Senate des Ober-Tribunals bestätigt worden, — aus folgenden

Gründen.

Das cap. 7. Sessio 21. de reformatione lautet an der betreffenden Stelle:

> Episcopi — — parochiales ecclesias — ita collapsas refici et instaurari procurent ex fructibus et proventibus quibuscumque, ad easdem ecclesias quomodo cumque pertinentibus: qui si non fuerint sufficientes, omnes patronos et alios, qui fructus aliquos ex dictis ecclesiis provenientes percipiunt, aut in illorum defectum parochianos, omnibus remediis opportunis ad praedicta cogant.

Die Frage, in welcher Ausdehnung die Worte:

> parochiales ecclesias ita collapsas refici et instaurari procurent,

zu verstehen sind, ist bekanntlich in Theorie und Praxis eine controverse.

Die Kläger wollen die subsidiäre Baupflicht der Deci-

Digitized by Google

matoren nicht auf dasjenige beschränken, was zur Perfection des Kirchengebäudes als solchem gehört, sondern auch auf diejenigen Gegenstände beziehen, welche vermöge ihrer dauernden Verbindung mit der Kirche und nach ihrer Bedeutung für den Gottesdienst als wesentliche Zubehörungen der Kirche zu betrachten seien. In diese Kategorie gehörten die streitigen Gegenstände sämmtlich.

Die Verklagte dagegen behauptet, daß jene Baulast lediglich das Kirchengebäude betreffe und bestreitet, daß die genannten Gegenstände wesentliche und nothwendige Bestandtheile einer katholischen Kirche seien.

Aus den Worten allein „ecclesiae parochiales" ist die Entscheidung der Streitfrage nicht zu entnehmen. Bei dem Begriffe eines Kirchengebäudes kommen nicht nur die Umfassungsmauern und das Dach, sondern auch solche innere und äußere Einrichtungen in Betracht, welche dem Zwecke des Gebäudes, der Ausübung des Gottesdienstes, entsprechen und zu diesem Behufe mit dem Kirchengebäude selbst in dauernder Verbindung stehen. Eine Beschränkung solcher Einrichtungen auf das für den Gottesdienst absolut Nothwendige, auf diejenigen Bestandtheile, ohne welche ein Gebäude nicht als Kirche erscheint, wie die Revidentin verlangt, ist weder gesetzlich ausgesprochen, noch durch innere Gründe bedingt, vielmehr sind hierbei Sitten, Gebräuche, Herkommen, Größe der Gemeinde, Vermögensverhältnisse und andere Umstände maaßgebend. Das Tridentiner Concil wollte die Pfarrkirchen vor Verfall bewahren (temporum injuria obsolescant) und in baulichem Stande erhalten und verpflichtete daher hierzu, wenn das Kirchenvermögen nicht ausreichte, die Patrone und alle anderen Personen, welche aus dem Kirchenvermögen Einkünfte beziehen, namentlich also die De-

Digitized by Google

cimatoren geistlicher Zehnten, und in deren Ermangelung die Parochianen.

Ein Unterschied in dem Umfange dieser Verpflichtung ist nun, wie das Revisions-Collegium richtig ausführt, nicht zwischen der Kirchenfabrik und den subsidiarisch Verpflichteten gemacht, zweifelhaft ist es aber gewiß nicht, daß der Kirchenfabrik und den Parochianen die Unterhaltung aller der Zubehörungen rechtlich auferlegt werden konnte, welche hier streitig sind. Der Grund, weshalb die Decimatoren belastet sind, nämlich, weil sie kirchliches Vermögen besitzen, und die Kirche selbst außer Stande ist, dasselbe zum Bau und zur Unterhaltung zu verwenden, tritt auch dann ein, wenn man ihre Verpflichtung auf jene Gegenstände bezieht.

Was nun die Anwendung dieses Grundsatzes auf die vorliegende Klage betrifft, so besteht seit Jahrhunderten die Sitte, die Kirchen mit Thürmen und Glocken zu versehen, und nur besondere Umstände sind die Veranlassung, wenn sie fehlen. Den geduldeten Religionsgesellschaften war es untersagt, bei ihren Bethäusern Thürme zu besitzen, die Staatskirchen nahmen aber dieses Recht für sich in Anspruch. Die Thürme bilden einen Theil des Kirchengebäudes, wenn sie, wie hier, an dasselbe angebaut sind. In denselben werden die Glocken aufbewahrt, deren Gebrauch in den frühesten Zeiten vorkommt und welche einen gottesdienstlichen Zweck haben, daher sie wegen dieser wesentlich religiösen Bestimmung in der katholischen Kirche feierlich benedicirt werden.

Puffendorff Obs. IV. Bd. Nr. 103. 104. bezeichnet sie als pars templorum et appendix und sagt, daß sie cum templis ejusdem qualitatis seien. Dasselbe gilt von den Kirchen-Uhren, welche ebenfalls einen kirchlichen Zweck haben, da sie die Zeit bestimmen sollen, zu welcher gottesdienstliche Handlungen vorgenommen werden. In manchen Synodal-

Digitized by Google

beschlüssen ist sogar vorgeschrieben, zu welchen Zeiten geläutet werden soll, um die Gemeinde zum Gebet zu ermahnen. Endlich besteht seit den frühesten Zeiten in vielen Kirchen der Gebrauch, mehrere Altäre zu errichten, und die Nothwendigkeit einer solchen Einrichtung hängt von concreten Umständen ab. — Richter, Kirchenrecht S. 706. — Hierzu kommt, daß die Pfarrkirche zu Walbertsweiler die meisten der in der Klage benannten Gegenstände seit uralter Zeit besitzt. Der Thurm ist vor dem sechszehnten Jahrhundert erbaut, die Glocken sind im Jahre 1531 zu Constanz gegossen, die Uhr ist im Jahre 1734 angeschafft und die Seiten-Altäre bestehen seit Jahrhunderten.

Angesehene Schriftsteller des canonischen Rechts sprechen sich bei diesen Gegenständen für die den Decimatoren obliegende Baulast aus.

Permaneder, kirchliche Baulast S. 799. 800. sagt unter Anderm, daß Kirchthürme, welche an die Kirchen angebaut sind, als nothwendige Bestandtheile derselben gelten und daß dieselben Grundsätze der Baupflicht bei ihnen zur Anwendung kommen, wie bei der Kirche selbst.

Brendel, Kirchenrecht §. 1308.

Zeitschrift von Reusche und Wilda Bd. 10.

v. Espen Jus eccl. Pars. II. Sect. II. tit. 1. c. 6. Nr. 28. 29. hinsichtlich der Glocken.

Die gemeinrechtliche Vorschrift des Tridentiner Concils hat in den Hohenzollernschen Landen eine Abänderung nicht erlitten, weder durch ein publicirtes Gesetz, noch durch eine sich gebildete Observanz.

Von der Verklagten wird zwar behauptet, daß in diesen Landen die Kirchenbaulast der Zehntherrn niemals auf den Thurm, Glocken, Uhr und Seiten-Altäre bezogen, vielmehr deren Unterhaltung in Ermangelung eines ausreichenden

Digitized by Google

Kirchenvermögens stets von den Parochianen bewirkt worden, wenn nicht ein specieller Titel diese Verpflichtung einem Anderen auferlegte. Allein eine solche Observanz ist nicht nachgewiesen, vielmehr der Gegenbeweis erbracht.

Das Schreiben des Ordinariats zu Freiburg vom 26. Februar 1855 spricht das behauptete Herkommen in Hohenzollern nicht positiv aus, sondern nimmt nur an, daß der Grundsatz, nach welchem die Kosten für Kirchthürme, Uhren, Glocken und Orgeln der Kirchengemeinde obliegen, auch wohl in Sigmaringen in Uebung sein werden. Vermuthungen dieser Art kann aber ein Werth nicht beigelegt werden, — übrigens steht der Ansicht des Ordinariats und den damit übereinstimmenden Erlassen der Fürstlichen und Königlichen Regierung zu Sigmaringen aus den Jahren 1849 bis 1855 die Entscheidung der bischöflichen Curie zu Constanz vom 12. Juni 1768 entgegen, welche in causa reparandae ecclesiae et turris parochialis zu Stetten die subsidiarische Verpflichtung des Decimators, zu den Kosten des Thurmbaues beizutragen, anerkannte. Zu der Diöcese Constanz gehörte damals auch die Pfarrkirche zu Walbertsweiler.

Das Badische Kirchenbaugesetz vom 26. April 1808 hat in den Hohenzollernschen Landen keine Kraft, ob aber dasselbe eine Observanz in dem Bisthum bestätigt, zu welchem badische und hohenzollernsche Pfarreien gehörten, ist nicht constatirt.

Die Bezugnahme der Verklagten auf ein Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Stuttgart vom 17. October 1828 ist endlich nicht von Erheblichkeit, da dieser Gerichtshof später in dem Erkenntnisse vom 31. Juli 1849 seine Ansicht über die in der Würzburger Diöcese bestehende Observanz geändert und in Uebereinstimmung mit der Praxis der Württembergischen Gerichte sich nicht denjenigen Canonisten angeschlossen hat, welche die Thürme für keinen nothwendigen Theil der

Digitized by Google

Kirche halten und deshalb die Baupflicht der Zehntherrn nicht auf die Kirchthürme beziehen. (Tafel, auserlesene Rechtssprüche der Würtembergischen Gerichte, 3. Bd. S. 26. und 282.)

In den Urteln des hiesigen Ober-Tribunals vom 12 März 1858 (Entscheidungen Bd. 38. S. 273.) und vom 5. Februar 1861 ist nach den oben entwickelten Grundsätzen ebenfalls erkannt worden.

№ 45.

Deckung des Schulgeldes armer Schulkinder.

Wer hat an Orten, wo Confessions-Schulen bestehen, die Ausfälle an Schulgeld für arme Kinder zu tragen, die Schulgemeinde, oder die zur Armenpflege verpflichtete Ortsgemeinde?

A. L. R. Thl. II. Tit. 12. §§. 29—34.

Gesetz über die Verpflichtung zur Armenpflege vom 31. December 1842 (Ges.-S. von 1843 S. 8.)

In der Stadt Duisburg bestehen nach Confessionen getrennte Schul-Societäten. Nach einer Verfügung der Ministerien der geistlichen Angelegenheiten und des Innern vom 4. December 1855 sollten, nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts, in Ermangelung eines Titels zur Heranziehung der Civilgemeinde, die Schul-Societäten für die Unterhaltung ihrer Confessions-Schule sorgen. In neuerer Zeit ist dann aber die Frage entstanden: wer das Schulgeld für die als arm anerkannten Schulkinder zu entrichten habe?

Digitized by Google

Durch Verfügung der gedachten Ministerien vom 30. September 1862 wurde bestimmt, daß dem Ortsarmenverbande die Verpflichtung hierzu obliege, und derselbe namentlich das Schulgeld für die armen Schulkinder der katholischen Schulgemeinde an letztere zu zahlen habe. Hiergegen ergriff die Stadtgemeinde zu D. den Rechtsweg, indem sie gegen die katholische Schulgemeinde daselbst, auf Befreiung von dieser Verpflichtung und auf Erstattung der in Folge jener Verfügung gezahlten Beiträge, Klage erhob. Die Verklagte bestritt die Zulässigkeit des Rechtsweges, berief sich wegen der allgemeinen Verpflichtung der Civil-Gemeinde, für die Kosten des Elementar-Unterrichts, in Ermangelung eines speciellen Schulfonds, subsidiarisch aufzukommen, auf Verjährung, ferner auf die Vorschrift im Art. 25. der Verfassungs-Urkunde und hielt auch das Gesetz vom 31. December 1842 auf die Fürsorge für den nothwendigen Elementar-Unterricht der armen Schulkinder für anwendbar. Sie beantragte die Abweisung der Klage. Auf diese Abweisung erkannte auch am 19. März 1864 das Kreisgericht zu Duisburg, und zwar auf den Grund des Gesetzes vom 31. December 1842 über die Armenpflege. Denn, wenn auch die katholische Schulsocietät zu D., als selbstständige Corporation, nach den §§. 29—35. Thl. II. Tit. 12. A. L. R. verpflichtet sei, in ihrem Corporationsgebiete für die Schullehrergehälter und sonstigen Schulbedürfnisse, für alle Kosten des Elementar-Schulwesens überhaupt, aufzukommen, ohne dieserhalb Unterstützung und Beihülfe von der politischen Gesammtgemeinde in Anspruch nehmen zu können, so folge doch hieraus noch keineswegs, daß sie auch auf das für die Kinder der Armen zu prästirende, aber unbeibringliche Schulgeld verzichten oder den Ausfall unter die Angehörigen ihres Schulverbandes repartiren müsse. Sie sei nach ihrem Zwecke kein Verein zur wechselseitigen

Digitized by Google

Unterstützung ihrer Angehörigen und Bestreitung der Kosten des für ihre Kinder zu beschaffenden Schulunterrichts.

In ihrer corporativen Einrichtung liege keine Grundlage für die rechtliche Verpflichtung ihrer einzelnen Angehörigen, eine Last zur Erleichterung der armen Glieder derselben zu übernehmen. Nun sei aber jeder Vater, er sei arm oder reich, gesetzlich verpflichtet, seine Kinder in die Schule zu schicken, und er sei dann auch verbunden, das hergebrachte oder reglementsmäßige Schulgeld zu zahlen. Könne er dies nicht, weil er im gesetzlichen Sinne arm sei d. h. Unterstützungen aus Armenfonds erhalte, so müsse nach dem Gesetze vom 31. December 1842 der Orts-Armenverband dafür eintreten. Denn dies Gesetz weise schlechthin die „Fürsorge für die Armen" dem betreffenden Armenverbande zu; nicht bloß die leibliche Pflege, Unterhalt und Krankenheilung, sondern auch die Sorge für das geistige Wohl, für Erziehung und Unterricht der Kinder der Armen, gehöre zu jener allgemeinen Fürsorge, die der Armen-Anstalt obliege, und diese müsse die Mittel dazu ebenso beschaffen, wie die Kosten für Wiederherstellung eines armen Geisteskranken. Die Armen-Anstalt könne sich dieser Sorge zwar in der Weise (was auch in dem Rescripte der Ministerien vorbehalten war) entledigen, daß sie Armenschulen errichte, wo aber diese nicht beständen, da müsse sich der Armenvorstand auch gefallen lassen, die Kosten des Unterrichts für die ihrer Pflege anheimfallenden Zöglinge zu bestreiten, also auch das eingeführte Schulgeld für dieselben zu zahlen.

Auf die Appellation der Klägerin erkannte hingegen das Appellations-Gericht zu Hamm am 24. October 1864 abändernd nach dem Klageantrage, und dieses Erkenntniß ist, auf die Revision der Verklagten vom ersten Senate des Ober-Tribunals, am 26. Mai 1865, bestätigt worden.

Digitized by Google

Gründe.

Durch das Urtel erster Instanz ist die Klägerin mit ihrer Klage abgewiesen worden. In zweiter Instanz ist dagegen, ihrem Antrage gemäß, erkannt worden:

1) daß Klägerin nicht für verpflichtet zu erachten, der verklagten katholischen Schulgemeinde diejenigen Schulgelder-Beträge zu zahlen, welche auf die vorher als arm anerkannten Kinder der verklagten Schulgemeinde fallen;
2) daß die Verklagte schuldig, diejenigen Beträge, welche in Folge des eine solche Zahlung unbeibringlichen Schulgeldes vorläufig anordnenden Ministerial-Rescripts vom 30. September 1862 bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Processes von der Verklagten aus den Mitteln der Klägerin erhoben sein werden, der Letzteren zurückzuzahlen, und zwar mit fünf Procent Zinsen von jedem einzelnen Betrage vom Tage des Empfanges desselben bis zum Zahlungstage.

Die von der Verklagten hiergegen erhobene Revision ist für begründet nicht zu erachten.

In Duisburg bestehen Schulen für die Einwohner verschiedenen Glaubensbekenntnisses und so besteht dort auch eine besondere Schule für die verklagte katholische Schulgemeinde. Letztere hat von der klagenden Stadtgemeinde die Zahlung des Schulgeldes für die Kinder, welche als arm anerkannt worden sind, gefordert und die Klägerin ist im Verwaltungswege dazu angehalten worden. Sie hat deshalb den Rechtsweg beschritten. Dieser muß auch in Uebereinstimmung mit den beiden Vorderrichtern für zulässig erachtet werden. Es handelt sich hier nicht um die Frage: wer als arm zu betrachten sei, und auch nicht darum: in welcher Art die Schulabgaben in der betreffenden Schulgemeinde selbst aufzubringen sind, (worüber die in Bezug genommenen Er-

Digitized by Google

kenntnisse des Competenz-Gerichtshofes vom 8. April 1854 und 20. October 1855, Justiz-Minist.-Blatt S. 326. resp. 411. sich verhalten.) Die Frage ist vielmehr die: welche von beiden Gemeinden: die Schulgemeinde der Confessions-Schule, oder die Ortsgemeinde, die Ausfälle an Schulgeld für arme Kinder zu tragen hat, und ob namentlich die Erstere von der Letzteren die Deckung dieses unbeibringlichen Schulgeldes zu verlangen berechtigt sei? und hierüber ist der Rechtsweg, weil nicht ausgeschlossen, ohne Zweifel statthaft.

Die Verklagte hat die Klägerin zunächst schon aus dem allgemeinen Rechtsgrunde zu jener Zahlung für verbunden halten wollen, weil dieselbe als Ortsgemeinde subsidiarisch für die Schulbedürfnisse aufkommen müsse. Mit Unrecht bezieht sich die Verklagte aber deshalb auf die Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 Art. 25., nach welchem die Mittel zur Errichtung, Unterhaltung und Erweiterung der öffentlichen Volksschule von den Gemeinden, ergänzungsweise vom Staate aufgebracht werden, da nach den Art. 26. und 112. es zur Zeit noch bei den geltenden gesetzlichen Bestimmungen bewendet und die katholische Schulgemeinde, als solche, gesetzlich besteht. Bei einer Anwendung jenes Art. 25., wonach der Unterricht in der öffentlichen Volksschule unentgeltlich ertheilt wird, würde überdies von einer Deckung eines unbeibringlichen Schulgeldes armer Kinder gar nicht die Rede sein können. Wenn aber jene Verpflichtung auch auf den Grund einer erwerbenden Verjährung in Anspruch genommen ist, so fehlt es dazu, wie auch der vorige Richter bemerkt, an der Besitznahme des fraglichen affirmativen Rechts, als einer von der Klägerin Seitens der Verklagten geforderten fortdauernden Schuldigkeit. — §. 80. Thl. I. Tit. 7. des A. L. R. —

Es kommt also nur darauf an: ob der Grund, auf

Digitized by Google

welchen die Verwaltungs-Behörde und auch der Richter erster Instanz die Verpflichtung der Klägerin, zur Zahlung des Schulgeldes armer Kinder der katholischen Schulgemeinde gestützt hat, daß sie nämlich hierzu, zufolge des Gesetzes über die Armenpflege vom 31. December 1842, verbunden sei, in den Gesetzen seine Begründung finde? Dies ist jedoch mit dem Appellations-Richter zu verneinen. An und für sich und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann ein Rechtsgrund dafür nicht anerkannt werden, daß der Ausfall einer Abgabe, welche eine corporative Verbindung zu ihren Zwecken und zu ihrer Erhaltung unter sich eingeführt hat, von einer anderen Corporation zu decken sei. Dazu bedarf es ohne Zweifel, in Ermangelung eines besonderen — hier nicht vorhandenen — Rechtstitels, einer gesetzlichen Bestimmung. Diese kann aber in dem Gesetze vom 31. December 1842 nicht gefunden werden. Nach den Vorschriften des A. L. R. Thl. II. Tit. 19. §§. 1 ff., in welchen überall nur von Ernährung und Verpflegung derjenigen, die sich ihren Unterhalt nicht selbst verschaffen können die Rede ist, wurde diese leibliche Pflege der Armen den Armenfonds, den Stadt- und Dorfgemeinden (§. 10.) und event. den Landarmenhäusern überwiesen und auferlegt. Nach den die Schulen betreffenden Vorschriften, Tit. 12. a. a. O., sind dagegen die Schulanstalten dazu bestimmt, der Jugend den Unterricht und namentlich in den Elementar- oder gemeinen Schulen, den ersten Unterricht zu verschaffen; ein Unterschied, nach welchem arme, zur Entrichtung eines Schulgeldes unfähige Kinder von dem Unterrichte Seitens der betreffenden Schulanstalt ausgeschlossen werden dürften, ist vom Gesetz überall nicht gemacht worden. Diesem geistigen Bedürfnisse auch armer schulpflichtiger Kinder hat also das Allgemeine Landrecht durch die Vorschriften über die Schulanstalten und über deren Unterhaltung vorgesehen.

Digitized by Google

Diese Unterhaltung der gemeinen Schulen liegt aber dort, wo für die Einwohner verschiedenen Glaubensbekenntnisses an einem Orte mehrere gemeine Schulen errichtet sind, nach den §. 30. ff. den dazu gewiesenen Einwohnern ob. Namentlich ist jeder Einwohner zur Unterhaltung des Schullehrers von seiner Religionspartei beizutragen verbunden. Die Beiträge sind unter die Hausväter nach Verhältniß ihrer Besitzungen und Nahrungen billig zu vertheilen (§. 31.), und gegen Erlegung dieser Beiträge sind alsdann (§. 32.) die Kinder der Contribuenten von Entrichtung eines Schulgeldes für immer frei. In dem §. 33. ist dann von der Verpflichtung der Gutsherrschaften auf dem Lande, ihre Unterthanen, welche zur Aufbringung ihres schuldigen Beitrages ganz oder zum Theil auf eine Zeit lang unvermögend sind, dabei nach Nothdurft zu unterstützen, die Rede. Ueber die Unterhaltung der Schulgebäude von allen zu einer solchen Schule gewiesenen Einwohnern handelt §. 34. Aus allen diesen Bestimmungen ist die Ausschließung armer Kinder von der Schule, wenn sie Schulgeld nicht entrichten können, noch weniger dann eine Verpflichtung der Armen-Anstalten, ein solches Schulgeld für sie an die Schulanstalt zu entrichten, zu entnehmen. In diesem Rechtsverhältnisse hat das Gesetz vom 31. December 1842 über die Armenpflege, was doch ausdrücklich hätte geschehen müssen, nichts geändert. Wenn dort in den §§. 1. 3. 5. 9. 12. 13. 17. 18—21. u. s. w. von der „Fürsorge für einen Armen" die Rede ist, so spricht doch dasselbe Gesetz in einer Reihe anderer Stellen, als ganz gleichbedeutend mit dieser „Fürsorge", von der „Verpflegung" der Armen, z. B. §§. 14. 15., wo selbst von der Entschädigung für die Verpflegung und von dem Verpflegungssatz die Rede ist. — §§. 25. 33—35. — Und überall ist nur von der Verpflegung der Verarmten, bezüglich

Digitized by Google

der Kranken, nirgends aber davon die Rede, daß unter der Fürsorge, resp. Verpflegung der Armen und ihrer Kinder auch die Sorge für ihren Unterricht und die Verpflichtung zur Entrichtung von Schulgeld für dieselben einbegriffen wäre. Es fehlt daher an der erforderlichen gesetzlichen Bestimmung, um die Klägerin zur Zahlung eines solchen Schulgeldes zu verpflichten. — Allerdings ist in der Schulordnung für die Provinz Preußen vom 11. December 1845 §. 43., worauf die Verklagte ebenfalls Bezug genommen hat, eine Bestimmung getroffen, wonach da, wo ein Schulgeld von der Regierung ausdrücklich genehmigt oder herkömmlich ist, für die Kinder armer Eltern derjenige, welchem gesetzlich die Verpflichtung zur Armenpflege obliegt, das Schulgeld entrichten soll. Allein, abgesehen von dem Zusammenhange dieser Bestimmung mit den vorangehenden Vorschriften, kann dieselbe, als besondere provinzielle Anordnung, für die gegenwärtige Entscheidung nicht maaßgebend sein.

Hiernach rechtfertigt sich die Befreiung der Klägerin von der ihr vorläufig im Verwaltungswege auferlegten Verpflichtung, sowie auch die Verurtheilung der Verklagten zur Erstattung der an sie von der Klägerin bereits gezahlten Schulgelder nebst den vom vorigen Richter der Klägerin zuerkannten Zinsen, und zwar diese Verurtheilung nach den §§. 207. 208. Thl. I. Tit. 16. resp. §. 232. Thl. I. Tit. 7. des A. L. R., da die Zahlung Seitens der Klägerin nicht freiwillig, sondern nur in Folge der Anweisung der Verwaltungsbehörde und zwar, wie vorstehend ausgeführt worden ist, ohne rechtliche Verpflichtung geleistet worden ist, und der Besitz dieser Summe Seitens der Verklagten jedenfalls nur als ein unrechtfertiger betrachtet werden kann.

Daher war das vorige Urtel zu bestätigen.

Digitized by Google

№ 46.

Stempel zu Veräußerungs-Verträgen über Kohlenbau-Gerechtigkeiten.

Ist zu Veräußerungs-Verträgen über Kohlenbau-Gerechtigkeiten in denjenigen, vormals Königlich Sächsischen, Landestheilen, in welchen das Churfürstlich Sächsische Mandat vom 19. August 1743 Gültigkeit hat, der Immobiliar-Kaufstempel von Einem von Hundert des Kaufwerths erforderlich?

Gesetz vom 1. Juni 1861 wegen Anlegung von Hypothekenfolien für Gerechtigkeiten zur Gewinnung von Stein- und Braunkohlen in den vormals Sächsischen Landestheilen. (Ges.-S. S. 353).

Regulativ vom 19. October 1843 für den Betrieb und die Beaufsichtigung der Stein- und Braunkohlen-Gruben in den gedachten Landestheilen. (Ges.-S. von 1861 S. 356.)

Allerh. Cabinets-Ordre vom 13. November 1843, betreffend die Genehmigung dieses Regulativs (ibid. S. 372).

Gesetz wegen der Stempelsteuer vom 7. März 1822. §§. 4. 5. Tarif „Kaufverträge über inländische Grundstücke und Gerechtigkeiten."

In den vormals Sächsischen Landestheilen, für welche das durch Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 13. November 1843 genehmigte Regulativ vom 19. October 1843 und das Gesetz vom 1. Juni 1861 ergangen sind, hatte nach Emanirung des Letzteren die klagende Werschen Weißenfelsische Braunkohlen-Actien-Gesellschaft mit mehreren Grundbesitzern

Digitized by Google

Contracte geschlossen, in welchen ihr das Recht zum Abbau der Kohlenlager auf deren Grundstücken mit der Befugniß abgetreten war, die Kohlen-Abbau-Gerechtigkeit vom Hypothekenfolio der Hauptgrundstücke abschreiben, den Besitztitel derselben auf einem dafür anzulegenden besonderen Folio für sich berichtigen und sich von der Bergbehörde die erforderlichen Bauerlaubnißscheine ertheilen zu lassen.

Zu jedem dieser Contracte ist der Contracts- resp. Cessions-Stempel à 15 Sgr. verwendet. Die Stempelbehörde hat die Verwendung des Kauf-Immobiliar-Stempels nach dem Tarifsatze „Kaufverträge über inländische Grundstücke und Gerechtigkeiten" à ein Procent von dem Kaufwerthe verlangt. Die klagende Actien-Gesellschaft hat den Betrag eingezahlt, und im gegenwärtigen Processe mit noch 596 Thlr. 5 Sgr. zurückgefordert.

Fiscus ist durch gleichlautende Erkenntnisse des Stadt- und Kreisgerichts und des Appellations-Gerichts zu Magdeburg vom 1. Juli 1863 und 5. December ej. a. in Höhe von 595 Thlr. 15 Sgr. zur Erstattung verurtheilt, Klägerin dagegen mit den mehrgeforderten 20 Sgr. vom zweiten Richter abgewiesen.

Auf die Nichtigkeits-Beschwerde des Fiscus hat der erste Senat des Ober-Tribunals durch Urtel vom 17. October 1864 das zweite Erkenntniß vernichtet und das erste dahin abgeändert, daß Klägerin mit dem Anspruche abzuweisen sei.

Gründe.

Fiscus hält dafür, daß die streitigen Verträge den Immobiliar-Kaufstempel à ein Procent des Kaufwerths erfordern, wogegen der Appellations-Richter angenommen hat, daß sie dem gewöhnlichen Vertrags- resp. Cessions-Stempel à 15 Sgr. unterliegen. Die Nichtigkeits-Beschwerde des Fiscus legt dem Appellations-Richter verschiedene rechtsgrundsätzliche Verstöße

Digitized by Google

zur Last. Für ihre Beurtheilung kommt es darauf an, ob der Tarifsatz des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 für inländische Grundstücke und Grundgerechtigkeiten zu Einem vom Hundert des nach §§. 4. und 5. des Gesetzes berechneten Kaufwerthes auf die Verträge Anwendung finde.

Dieselben sind mit einzelnen Grundbesitzern geschlossen, und lauten im Wesentlichen dahin, daß der klagenden Gesellschaft das Recht überlassen wird, die unter den Grundstücken anstehenden Braunkohlenlager bis zu deren völligen Erschöpfung abzubauen, zu fördern, zu verwenden und zu verwerthen, die Oberfläche der Kohlenfelder zu den verschiedenen Zwecken des Bergbaues zu benutzen, diese Rechte als die ihrigen auszuüben, auf Dritte zu übertragen, als eine Kohlenbau-Gerechtigkeit vom Hypothekenfolio der Grundstücke abzuschreiben, den Besitztitel davon auf einem besonderen Folio für sich berichtigen und zu diesem Behufe sich von der Bergbehörde den Bauerlaubnißschein ertheilen zu lassen. Es wird dafür Gewähr geleistet, daß die Veräußerer Eigenthümer der betreffenden Grundstücke und daß letztere frei von Hypotheken und Lasten sind, die die übertragenen Rechte beeinträchtigen. —

Zur Begründung seiner Entscheidung führt der Appellations-Richter zunächst aus, daß die vorliegenden Verträge nicht als Verkäufe von Grundstücken anzusehen wären. Die in einem Grundstücke befindliche Kohle könne nicht als ein für sich bestehendes Immobile besessen und übereignet werden. So lange die Kohle einen Bestandtheil der Substanz des Grundstücks ausmache, sei sie keine für sich bestehende Sache. Sie erlange diese Eigenschaft erst dadurch, daß sie abgebaut, also mobilisirt werde. Daher sei die Kohle, so lange sie Substanztheil des Grundstückes und immobil sei, ein Gegenstand des Rechts zum Abbau. Erst durch die Ausübung

Digitized by Google

dieses Rechts, den Abbau, durch ihre Verwandlung in eine bewegliche Sache, solle sie Eigenthum der Klägerin werden.

Soweit Fiscus rügt, daß der Appellations-Richter die Verträge nicht als Verkäufe von Grundstücken beurtheile, trifft die Beschwerde nicht zu. Es bedarf hier keines näheren Eingehens auf die Rechtsfrage, ob ein Kohlenlager, getrennt von dem Grundstücke, in welchem es sich befindet, gültig zum Gegenstand eines Kaufs gemacht werden könne. Diese Frage kann ganz auf sich beruhen, der Angriff erledigt sich schon dadurch, daß die Verträge einen solchen Verkauf nicht wirklich enthalten. Er würde voraussetzen, daß darin der Klägerin ein Eigenthum an den Kohlenlagern, als körperlichen Sachen, überlassen sei, um sie als selbstständige Grundstücke zu besitzen und zu nützen, so daß also das eine Grundstück durch reale Theilung in zwei für sich bestehende zerlegt wäre, das Stammgrundstück und die darin enthaltenen Kohlenlager. So ist aber von den Contrahenten nicht paciscirt worden. Der Klägerin ist vielmehr das Recht übertragen, die in den Grundstücken entstehenden Kohlenlager abzubauen, zu fördern, zu verwenden und zu verwerthen.

Es wird mithin nicht das Eigenthum an den körperlichen Kohlenlagern, sondern das unkörperliche Recht zu deren Abbau veräußert. Dies Recht, als eine unkörperliche Sache, fällt nicht mit dem Eigenthum an einem realen Theile des Grundstücks zusammen. Dasselbe bleibt ein ungetheiltes Ganzes und in dem Eigenthum der Veräußerer, der Klägerin ist die Befugniß eingeräumt, in dem fremden Grundstück die darin lagernden Kohlen mit Ausschließung des Grundeigenthümers für sich zu gewinnen und sich anzueignen. Auf eine specielle Erörterung der gegen die obige Ausführung des Appellations-Richters erhobenen einzelnen Vorwürfe kommt es nicht an. Derselbe Immobiliar-Kauf-Stempel tritt auch für den Verkauf

Digitized by Google

einer Grundgerechtigkeit ein, und der Appellations-Richter fehlt darin, daß er dem veräußerten Rechte nicht den Charakter einer solchen beigelegt wissen will.

Die betreffenden Grundstücke sind in den vormals Sächsischen Landestheilen belegen, für welche das Churſächsische Mandat vom 19. August 1743 Gültigkeit hat. Stein- und Braunkohlen gehören dort, abweichend von den landrechtlichen Vorschriften, nicht zu den Regalien. Für den Bergbau Behufs ihrer Gewinnung sind das Regulativ vom 19. October 1843, genehmigt durch Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 13. November 1843 und das Gesetz vom 1. Juni 1861 gegeben.

Das Regulativ erkennt in den bezeichneten Landestheilen Stein- und Braunkohlen als accessorisches Eigenthum des Grund und Bodens an, und enthält zugleich Bestimmungen, unter denen die Gewinnung derselben allein stattfinden dürfe. (Eingang). Der Eigenthümer ist nicht auf die Gewinnung der Kohlen für den eigenen Gebrauch beschränkt, er kann das Recht dazu an Andere abtreten, veräußern, verpachten oder sonst darüber in rechtsgültiger Weise verfügen. — §. 3. — Wenn er oder derjenige, auf welchen sein Recht übergegangen ist, einen Bau zur Kohlengewinnung unternehmen will, so muß zuvor dem Bergamte davon Anzeige gemacht werden. — §. 5. — Das Bergamt hat eine Besichtigung und Untersuchung des Feldes vorzunehmen. — §. 6. — Findet sich das Feld bauwürdig und von hinreichendem Umfange, so steht der Ausübung des Rechts nichts entgegen. — §. 7. — Nach Bewandniß der Umstände haben die Bergbehörden eine Vereinigung mit benachbarten Grundeigenthümern zu einem gemeinschaftlichen Bau zu vermitteln, nöthigenfalls dem ersten Unternehmer einen Schürfschein auf benachbarte Felder zu ertheilen, das Grubenfeld sowie die Theilnehmungsrechte zu reguliren resp. festzustellen §§. 8—10. — In gewissen Fällen,

Digitized by Google

wo das allgemeine Beste die Aufnahme des Kohlenbergbaues nothwendig macht, kann von dem Eigenthümer der Abbau verlangt, wenn er sich weigert, die Concession zum Bau einem Baulustigen ertheilt werden — §. 12. — Den Bergbehörden ist eine technische Beaufsichtigung, die Leitung und Controlle des ganzen Kohlenbaubetriebes übertragen. —

Der §. 1. des Gesetzes vom 1. Juni 1861 erklärt sodann das Recht auf dem Grundstücke eines Anderen oder dem eigenen Stein- und Braunkohlen durch einen Bau zu fördern, als eine solche Gerechtigkeit, welche gemäß §. 14. Tit. I. der Hypotheken-Ordnung unter einer besonderen Nummer in das Hypothekenbuch eingetragen werden kann. Für die Form der Verträge über den Erwerb, die Veräußerung und Verpfändung einer solchen Kohlenbau-Gerechtigkeit sollen die nämlichen Bestimmungen wie für Grundstücke gelten. — §. 2. — Die Eintragung der Gerechtigkeit zum Kohlenbau kann stattfinden, für den dritten Erwerber an dem fremden Grundstücke wie für den Grundeigenthümer an dem eignen. — §§. 4. 5. — Zur Begründung des darauf gerichteten Antrages muß außer den erforderlichen Legitimations-Urkunden resp. der Erklärung des Grundeigenthümers, das Abbaurecht als eine selbstständige Gerechtigkeit besitzen zu wollen, der Bauerlaubnißschein der Bergbehörde, wo es dessen Einholung nach §. 7. des Regulativs bedarf, oder die Concession beigebracht werden — ibid. —

Nach diesen Vorschriften ist das Recht, welches den Gegenstand der fraglichen Verträge ausmacht, eine Grundgerechtigkeit, wie sie die betreffende Position des Stempeltarifs voraussetzt. Das veräußerte Recht hat die Eigenschaft eines objectiv dinglichen an den fremden Grundstücken und zugleich einer selbstständigen Gerechtigkeit, für welche ein eigenes Folium im Hypothekenbuche bestimmt ist. Auch hat ein Ver-

Digitized by Google

kauf desselben stattgefunden, das Aequivalent besteht in einem hinreichend bestimmten Kaufpreise in baarem Gelde und Kohlen-Deputaten. Rechte werden im Allgemeinen als bewegliche Sachen betrachtet — §. 7. Thl. I. Tit. 2. des A. L. R. Sie haben aber die Eigenschaft einer unbeweglichen alsdann, wenn die Befugniß zur Ausübung mit dem Besitz einer unbeweglichen Sache verbunden, oder dieselbe ihnen durch besondere Gesetze ausdrücklich beigelegt ist — §§. 8. 9. ibid. — Der letztere Fall ist der hier vorhandene. Das Gesetz hat der Kohlenbau-Gerechtigkeit ein eigenes Folium im Hypotheken-Buche angewiesen und sie dadurch den Immobilien gleichgestellt. Es hat die Verträge darüber denselben Formen wie den Verträgen über Grundstücke unterworfen. Darauf, daß die Gerechtigkeit zur Zeit der Verträge noch nicht auf einem besonderen Folium eingetragen war, kommt es nicht an. Sie ist als eine selbstständige veräußert und sollte als eine solche ausgeübt und besessen werden. Von den Verkäufern ist das ihrerseits Erforderliche geschehen, um Klägerin in den Stand zu setzen, sich die Eintragung auf einem besonderen Folio zu verschaffen. Sie haben der Klägerin in den Verträgen ausdrücklich die Befugniß eingeräumt, den Besitztitel der Gerechtigkeit auf einem besonderen Folio berichtigen und zu diesem Behuf sich den Bauerlaubnißschein der Bergbehörden ertheilen zu lassen. —

Der Appellations-Richter bestreitet aus mehreren Gründen die Anwendbarkeit des Immobiliar-Kauf-Stempels für Grundgerechtigkeiten.

Er will

1) das verkaufte Recht nicht als eine Grundgerechtigkeit gelten lassen. Hierfür bezieht er sich auf den §. 12. Thl. I. Tit. 22. A. L. R., welcher verordnet:

„Kommt dergleichen Befugniß einem Grundstücke gegen

Digitized by Google

das andere zu, so wird solches eine Grundgerechtigkeit genannt."

Eine Grundgerechtigkeit im Sinne dieses Paragraphen, der den Begriff der sogenannten Prädial-Servituten enthält, ist die Kohlenbau-Gerechtigkeit allerdings nicht. Allein daß unter dem Ausdruck Grundgerechtigkeiten im Stempeltarif nicht Prädial-Servituten gemeint sein können, ist an sich klar, da der Stempel für Verkäufe vorgeschrieben ist, Prädial-Servituten aber ihrer rechtlichen Natur nach eine einseitige Uebertragung auf ein anderes berechtigtes Grundstück durch ein Kaufgeschäft, wenigstens als Regel, nicht zulassen. Als dingliche Rechte bezeichnet das Gesetz auch diejenigen, die es nur objectiv ihrem Gegenstande nach sind, nicht zugleich in Beziehung auf das Subject, dem sie zukommen — §§. 125. bis 129. Thl. I. Tit. 2. A. L. R. — Der §. 130. ibid. will sogar unter einem dinglichen Rechte ohne weiteren Beisatz ein objectiv dingliches verstanden wissen. Dem sich anschließend wird der Ausdruck Grundgerechtigkeit häufig in der Bedeutung eines bloß objectiv dinglichen, nicht zugleich subjectiv dinglich mit einem Grundstücke verbundenen Rechts gebraucht, wie dies namentlich in demselben Titel 22. §. 240. seq. der Fall ist, wo von den nicht subjectiv dinglichen Grundgerechtigkeiten auf fremden Grund und Boden gehandelt wird. Jedenfalls ist es gerechtfertigt, die Kohlenbau-Gerechtigkeit unter die Grundgerechtigkeiten im Sinne des Stempeltarifs mit zu begreifen, da sie den Charakter einer selbstständigen Gerechtigkeit und einer unbeweglichen Sache hat.

Der Appellations-Richter führt

2) aus, daß durch die in den Verträgen erklärte Ueberlassung des Rechts zum Kohlenbau noch keine Kohlenbau-Gerechtigkeit übertragen werde. Der §. 1. des Gesetzes vom 1. Juni 1861, nach welchem das Recht der Kohlenförde-

Digitized by Google

rung zu den im §. 14. Tit. 1. der Hypoth.-Ordnung bezeichneten Gerechtigkeiten gehöre, welche selbstständig in das Hypotheken-Buch eingetragen werden können, setze voraus, daß alle Erfordernisse zur Kohlenförderung vorhanden seien, der Förderung rechtlich nichts mehr entgegenstehe. Der §. 5. des Gesetzes hebe den Unterschied zwischen dem Abbaurecht des Grundeigenthümers als Bestandtheil des Grundeigenthums und der selbstständigen Gerechtigkeit klar hervor. Zur Constituirung der letzteren gehöre noch der Bauerlaubnißschein der Bergbehörde. Dessen Ertheilung sei wesentlich, von derselben hänge das Recht, die Kohlen zu fördern, ab. Durch sie werde erst constatirt, daß das Abbaurecht einen bestimmten Werth habe, ohne welchen die Gerechtigkeit nicht bestehe, und daß dasselbe den Gläubigern eine gewisse Realsicherheit zu gewähren vermöge. Vor Ertheilung des Bauerlaubnißscheines existire keine Befugniß zur Kohlenförderung, also auch keine Kohlenbau-Gerechtigkeit auf fremden Grund und Boden, wenn gleich der Grundeigenthümer das Recht zum Kohlenbau abgetreten habe. Der Erlaubnißschein regele nicht die Ausübung der Gerechtigkeit im bergpolizeilichen Interesse, sondern bringe die Gerechtigkeit erst zur Existenz. So müßten auch die Verträge verstanden werden, wenn darin von einer erworbenen resp. veräußerten Kohlenbau-Gerechtigkeit die Rede sei.

Diese ganze Beurtheilung greift fehl. Es folgt daraus nicht, daß kein Verkauf von Kohlengerechtigkeiten stattgefunden hat, sondern daß dieselben noch gewissen Beschränkungen unterlagen, welche gehoben werden mußten, damit sie als selbstständige auf ein besonderes Hypotheken-Folium eingetragen und als solche nach dem Inhalte und den Zwecken des Contracts ausgeübt werden könnten.

Wie die allegirten Vorschriften des Regulativs und des

Digitized by Google

Gesetzes ergeben, hat zur Zeit der Verträge das Kohlenabbau-Recht als ein in dem Grundeigenthum begriffenes von demselben trennbares veräußerliches und an sich zur Eintragung auf ein besonderes Hypotheken-Folium als selbstständige Gerechtigkeit geeignetes wirklich bestanden.

In den betreffenden Landestheilen bestand rücksichtlich der Stein- und Braunkohlen keine Bergbaufreiheit, vermöge der sie der Verfügung des Grundeigenthümers entzogen und dem Erwerbe durch Dritte nach den Grundsätzen von Schürfen, Finden und Muthen frei gegeben waren, keine Bergregalität mit dem Rechte der Verleihung der dem Regal unterworfenen Lagerstätten. Es ist daher der Bauerlaubnißschein nicht als ein Verleihungsact aufzufassen, durch den das Kohlenabbau-Recht von den Bergbehörden, denen darüber eine privatrechtliche Verfügung nicht zustand, übertragen wird. Nur ausnahmsweise in dem Falle des §. 11. des Regul.; wenn die Aufnahme des Kohlenbergbaues für das allgemeine Beste als nothwendig befunden ist, der Grundeigenthümer denselben aber auf eigene Rechnung verweigert, ertheilt das Ober-Bergamt einem Baulustigen die Concession zum Bau auf dem fremden Grundstücke. Kraft der Berghoheits-Rechte des Staats ist aber der Bergbau auf Stein- und Braunkohlen, wennschon er nicht für frei erklärt war, diese nicht zu den Regalien gehörten, den Berechtigten nur unter den in den angezogenen Vorschriften enthaltenen Bdeingungen gestattet, die den weiter gehenden Befugnissen des Staats in Bezug auf den Regalbergbau nachgebildet sind. Den Bergbehörden ist die Beaufsichtigung des Bergbaus, die Leitung und Controlle des Betriebes übertragen, sie sollen, wie §. 2. des Regul. bestimmt, eine Vereinigung des besonderen Interesses des Besitzers und seines augenblicklichen Gewinnes mit den allgemeinen Interessen des Staates am Bergbau und einer

Digitized by Google

kunstmäßigen zugleich wirthschaftlichen Benutzung der sich nicht wieder erzeugenden Mineralien dabei zum Gesichtspunkte nehmen.

Zu den berghoheitlichen Beschränkungen gehört es, daß der Besitzer, wenn er einen Kohlenabbau unternehmen will, davon der Bergbehörde Anzeige zu machen, diese eine Untersuchung vorzunehmen hat, ob das Feld nach seiner Größe und den Lagerungsverhältnissen der Kohlen zu einem zweckmäßigen und nachhaltigen Abbau geeignet ist. Soweit sich dies findet, ist der Unternehmer zum Kohlen-Abbau auf seinem oder seinen bei einander belegenen Grundstücken zu verstatten, sonst nach Umständen eine Vereinigung mehrerer Eigenthümer mit ihren benachbarten Grundstücken zu einem gemeinschaftlichen Bau- und Grubenbetriebe zu reguliren. Auf Grund des von der Bergbehörde zu ertheilenden Bauerlaubnißscheines resp. im Fall des §. 11. des Regulativs der zu ertheilenden Concession erfolgt auf Anträge der Berechtigten die Anlegung eines besonderen Hypotheken-Folii für die Kohlenbau-Gerechtigkeit. In den Verträgen ist letztere unter den Bedingungen und Beschränkungen an Klägerin veräußert, denen sie gesetzlich unterlag, um als eine selbstständige ausgeübt zu werden. Die Contrahenten waren sich derselben vollständig bewußt, die Beseitigung der gegen die Ausübung noch obwaltenden Anstände sollte nachgeholt werden und ward in den Verträgen eingeleitet, indem die Verkäufer der Klägerin die Befugniß einräumten, sich den Bauerlaubnißschein der Bergbehörden ertheilen und den Besitztitel der Gerechtigkeit im Hypothekenbuch auf einem besonderen Folio für sich berichtigen zu lassen. Der Appellations-Richter irrt darin, daß er den Verkauf einer selbstständigen Gerechtigkeit nicht annehmen will, obschon ein solcher wirklich stattgefunden hat, und zu ihrer Ausübung als solche nur noch gewisse auf gesetzlichen Vorschriften be-

Digitized by Google

ruhende Bedingungen erfüllt werden mußten und nach den Absichten der Contrahenten erfüllt werden sollten. Daß noch eine Ungewißheit über das von den Bergbehörden zu einem zweckmäßigen und nachhaltigen Bau für nöthig zu achtende Grubenfeld bestand, kann auf die Höhe des vereinbarten Kaufpreises von Einflu gewesen sein, schließt aber nicht aus, die Verträge als Verkäuf von Grundgerechtigkeiten aufzufassen. Wenn der Appellations-Richter behauptet, daß eine solche nicht bestanden habe, und erst durch den Bauerlaubnißschein zur rechtlichen Existenz gebracht sei, so liegt hierin keine thatsächliche Feststellung, sondern eine rechtliche Beurtheilung. —

Eventuell meint der Appellations-Richter

3) daß abgesehen von der Nothwendigkeit des Bauerlaubnißscheines, doch ein Kaufvertrag über eine Kohlenbau-Gerechtigkeit immer nicht dem Immobiliar-Kauf-Stempel, sondern dem Tarifsatze von einem Drittel-Procent für Kaufverträge über alle andere Sachen unterliegen würde. Der Ansicht, daß unter den Grundgerechtigkeiten im Sinne des Stempeltarifs die in §. 14. Tit. I. Hypoth.-Ordnung bezeichneten Gerechtigkeiten zu verstehen, wofür sich auch ein ältereres Rescript des Finanz-Ministerii ausspreche, stehe der schon allegirte §. 12. Thl. I. Tit. 22. A. L. R. entgegen. Es sei nichts als die Befugniß zum Bergbau abgetreten, wovon die Erlangung des Eigenthums an der geförderten Kohle eine selbstverständliche Folge sei.

Diese Bedenken erledigen sich durch das oben Gesagte als unhaltbar. Die Kohlenbau-Gerechtigkeit auf eignem oder fremdem Grund und Boden ist ein von den geförderten Kohlen verschiedener Vertragsgegenstand von einem ganz anderen gemeinen und Kaufwerthe. Die geförderten Kohlen sind nicht Object der vorliegenden Verträge gewesen. Daß ihre Förderung den Gegenstand des veräußerten Abbaurechts

Digitized by Google

ausmachte und daß sie durch ihre Trennung vom Grund und Boden die Eigenschaft von beweglichen Sachen annahmen, ist für die jetzige Frage einflußlos.

Nach allem Diesen fällt dem Appellations-Richter zur Last, daß er den Charakter der Verträge als Verkäufe über Grundgerechtigkeiten verkannt, und der allegirten Vorschriften des Stempeltarifs und Stempel-Gesetzes durch unterlassene Anwendung verletzt habe. Seine Entscheidung verfällt daher der Vernichtung.

Für die Hauptsache folgt aus dem Obigen, daß der streitige Stempel mit Recht gefordert und der Anspruch auf dessen Erstattung ein grundloser ist. Die darauf gerichtete Klage mußte daher zurückgewiesen und dahin das den Fiscus verurtheilende Erkenntniß erster Instanz abgeändert werden.

№ 47.

Schriftlicher Vertrag, und durch Correspondenz errichteter. Kauf- und Lieferungsverträge im kaufmännischen Verkehr. Stempelpflichtigkeit derselben.

Welche Erfordernisse setzt die Stempelpflichtigkeit eines Vertrages voraus, und was ist unter Kauf- und Lieferungsverträgen im kaufmännischen Verkehr zu verstehen?

A. L. R. Thl. I. Tit. 5. §§. 1. 2. 4. 79. 82. 86. 109. 116. 142. 185.

Stempelgesetz vom 7. März 1822 nebst Tarif (Ges.-Samml. S. 57.)

Digitized by Google

Allerh. Cabinets-Ordres vom 10. Januar 1840 (Ges.-S. S. 17.) und vom 30. April 1847 (Ges.-S. S. 20.)

Der Kaufmann H. M. zu St. hat im Jahre 1859 für das Militair Lieferungen übernommen und ausgeführt, und es sind darüber die unten näher bezeichneten sieben Schriftstücke ausgestellt, welche von der Steuerbehörde als Lieferungsverträge mit einem Drittel-Procent für stempelflichtig erachtet sind. Es ist dafür ein Stempelbetrag von 1168 Thlr. berechnet, und von dem Kaufmann H. M. unter Vorbehalt bezahlt. Derselbe hat diesen Betrag von 1168 Thlr. nebst Zinsen seit dem 22. April 1862 gegen den Steuerfiscus eingeklagt, und letzterer ist durch die conformen Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Stettin vom 18. Februar 1863 und des dortigen Appellations-Gerichts vom 10. October 1863, auch zur Zahlung verurtheilt.

Verklagter hat gegen das Appellations-Erkenntniß die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt, und durch Erkenntniß des ersten Senats des Ober-Tribunals vom 20. Januar 1865 ist dieselbe in sofern für begründet erachtet, daß, unter Vernichtung des Erkenntnisses zweiter Instanz, das erste Urtel dahin abgeändert worden, daß Kläger nur mit 3 Thlr. 15 Sgr. abgewiesen, im Uebrigen aber das erwähnte Urtel bestätigt worden ist.

Die das Sachverhältniß näher ergebenden

Gründe

dieses Erkenntnisses lauten (soweit sie die aufgestellte Frage betreffen) folgendermaaßen.

Ueber die vom Kläger im Jahre 1859 übernommenen und ausgeführten Lieferungen sind folgende Schriftstücke ausgestellt worden.

1) In dem Schreiben d. d. Posen den 21. Februar 1859

Digitized by Google

offerirt Kläger dem Proviantmeister R. zu Posen 200 Schock Roggen-Richtstroh zum Preise von 12 Thlr. pro Schock, und verpflichtet sich, dieselben auf umgehende Erklärung bis Ende Juni 1859 einzuliefern.

Unmittelbar darunter befindet sich eine an den Kläger, zur Zeit in Posen, gerichtete schriftliche Erklärung des Proviantmeisters R. von demselben Tage, daß die Offerte zum Preise von 1 Thlr. pro Centner mit dem üblichen Aufschlage unter der Bedingung angenommen werde, daß die Lieferung successive beginnen könne, aber bis Ende Juni beendigt sein müsse.

2) In dem Schreiben d. d. Posen den 9. Mai 1859 offerirt Kläger dem dortigen Proviantamt 800 bis 1000 Wispel Hafer zum Preise von 1 Thlr. 20 Sgr. für je 46 Pfund unter gewissen Bedingungen. Darunter befindet sich als Antwort eine schriftliche Erklärung des Proviantamts vom 10. Mai 1859, durch welche dem Kläger unter anderen Bedingungen 1 Thlr. 20 Sgr. 6 Pf. pro 46 Pfund geboten werden, und darunter hat Kläger an demselben Tage geschrieben: „Ich erkläre mich mit Ihren Abänderungen zufrieden, und ist das vorstehende Geschäft somit in der von Ihnen beregten Weise abgeschlossen. H. M . . ."

3) Durch das Schreiben d. d. Posen vom 31. Mai 1859 offerirt Kläger demselben Proviantamt 800 Wispel Hafer für 39½ Thlr. pro Wispel. Darunter steht als Antwort des Proviantamts von demselben Tage, daß die Offerte, jedoch unter einer Bedingung, angenommen werde, und darunter erklärt der Kläger an demselben Tage, daß er mit dem Accept in allen Punkten einverstanden sei.

4) In einem anderen Schreiben d. d. Posen den 31. Mai

Digitized by Google

1859 offerirt Kläger demselben Proviantamt 1200 Wispel Hafer à 39½ Thlr., und dahinter befindet sich eine Erklärung des Proviantamts vom 4. Juni 1859, nach welcher die Offerte angenommen wird.

5) In dem Schreiben d. d. Posen den 19. Mai 1859 offerirt Kläger demselben Proviantamte 1000, oder nach Wunsch, 1200 Wispel Hafer zu 1 Thlr. 20 Sgr. pro 46 Pfund, und durch die darunter stehende Erklärung des Proviantamts von demselben Tage wird die Offerte angenommen.

6) Durch eine an das Militair-Oeconomie-Departement zu Berlin gerichtete Eingabe d. d. Berlin den 4. Mai 1859 offerirt Kläger 40 bis 50,000 Scheffel Hafer zu 1 Thlr. 20 Sgr. pro 47 Pfund, wenn er nach Halle, und zu 1 Thlr. 18 Sgr. 9 Pf., wenn er nach Magdeburg abgeliefert werden sollte. Diese Eingabe ist nach der darauf befindlichen Originalverfügung an die Intendantur des vierten Armeecorps abgegeben und darunter befindet sich folgender Vermerk:

Telegraphische Depesche: Die Offerte vom 4. Mai, soeben Abends 7 Uhr von der Post empfangen, wird angenommen mit 24 bis 30,000 Scheffel franco Bollwerk Halle a/S. (für Erfurt), 8 bis 10,000 Scheffel Bollwerk Wittenberg, 8 bis 10,000 Scheffel frco. Bollwerk Torgau. Alles zu 1 Thlr. 20 Sgr. für jede 47 Pfund. Die Intendantur des IV. Armee-Corps an den Herrn H. M... in Stettin.

Magdeburg, 5/5. 59. Königliche Intendantur.
(Unterschriften.)

daneben steht: einverstanden mit der Lieferung:

Digitized by Google

nach Halle 24,000—30,000
" Wittenberg 8000—10,000
" Torgau 8000—10,000

nach meiner Wahl das Plus zum obigen Preise von 1 Thlr. 20 Sgr.

Magdeburg, den 6. Mai 1859.

H. M. . .

7) Durch das Schreiben d. d. Magdeburg, den 30. Mai 1859 offerirt Kläger dem Proviantamt zu Magdeburg 1000 bis 1200 Wispel Hafer à 39 Thlr. Daneben steht:

Diese Offerte wird angenommen mit im Ganzen 2500 Wispel in folgender Art, 1400 Wispel sind nach Halle zu liefern, und 600 Wispel nach Wittenberg, für beide Garnisonorte frco. Bollwerk zu 39 Thlr. für jede 24 Scheffel zu 47 Pfund, 500 Wispel dagegen nach Magdeburg zu 38½ Thlr. für jede 24 Scheffel à 47 Pfund gleichfalls franco Bollwerk.

Sämmtliche 2500 Wispel sind spätestens innerhalb vierzehn Tagen von Stettin nach den genannten Bestimmungsorten abzuladen.

Magdeburg, den 30. Mai 1859.

Königliche Intendantur.

(Unterschriften.)

darunter steht:

Mit dem Vorstehenden bin ich in allen Punkten einverstanden.

Magdeburg, den 30. Mai 1859.

H. M. . .

Diese Schriftstücke sind bei der Stempelrevision als Lieferungsverträge mit einem Drittel-Procent für stempelpflichtig erachtet worden und der Stempelbetrag dafür ist auf 1168 Thlr. berechnet worden.

Digitized by Google

Kläger hat diese Summe am 22. April 1862 unter Vorbehalt der Rückforderung im Rechtswege bezahlt, und im vorliegenden Processe verlangt er die Verurtheilung des Steuerfiscus als Verklagten zur Rückzahlung der 1168 Thlr. nebst fünf Procent Verzugszinsen seit dem 22. April 1862, indem er bestreitet, daß die Schriftstücke stempelpflichtige Lieferungsverträge darstellen. Eventuell meint er, daß in Gemäßheit der Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 30. April 1847 von jedem Schriftstücke als Lieferungsvertrag im kaufmännischen Verkehr nur ein Stempel von 15 Sgr. berechnet werden dürfe.

Verklagter ist jedoch dabei verblieben, daß wirkliche Lieferungsverträge vorliegen und hat deshalb die Abweisung des Klägers beantragt; durch die gleichlautenden Erkenntnisse der beiden Vorinstanzen ist Verklagter indessen nach dem Klageantrage verurtheilt, und er hat nun noch die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt.

Der Appellations-Richter führt in den Gründen seines Erkenntnisses aus:

Im Jahre 1859 habe Kläger mit den Militair-Verwaltungen zu Posen und Magdeburg mehrere Lieferungsverträge in der Weise abgeschlossen, daß er von Posen resp. Magdeburg aus in schriftlichen Eingaben seine Offerten gemacht, daß auf diese Eingaben Seitens der Behörden der schriftliche Acceptations-Vermerk gesetzt, und daß da, wo die Offerte nur bedingungsweise acceptirt worden, der Kläger darunter vermerkt habe, daß er mit dem Accepte einverstanden sei.

Ein Vertrag heiße nach §. 1. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. die wechselseitige Einwilligung zur Erwerbung oder Veräußerung eines Rechts. Der zweiseitige Vertrag werde abgeschlossen unter anwesenden Personen durch wechselseitige

Digitized by Google

Erklärung in mündlicher Form, welche, wenn sie demnächst zu Papiere gebracht, und von den Contrahenten unterschrieben sei, einen schriftlichen Vertrag bilde. — §§. 116. 118. 120. l. c. — Verschieden hiervon sei der Vertrag welcher unter Abwesenden zu Stande komme, d. h. wenn die Contrahenten (selbst oder durch Bevollmächtigte) nicht persönlich zusammen kämen. Gäben solche Contrahenten ihre Erklärungen, in welchen der Vertrag enthalten sei, durch gegenseitige Zuschrift ab, oder, wie das Gesetz sich ausdrücke, durch gegenseitig geführte Correspondenz, so sei ein solcher Vertrag kein schriftlicher, sondern von ihm sage der §. 142. l. c.: „zwischen den Abwesenden vertritt die geführte Correspondenz die Stelle des schriftlichen Vertrages," oder, wie der §. 185. l. c. bestimme: „wer sich schriftlich (einseitig) zu einem mündlich geschlossenen Vertrage bekennt, der kann, so weit als die Verabredungen aus diesem Anerkenntnisse erhellen, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorschützen." Mehr als dieses letztere habe auch der §. 142. l. c. durch die Worte „die Correspondenz vertritt die Stelle eines schriftlichen Vertrages" nicht ausdrücken wollen, weil die Correspondenz ihrem Wesen nach nichts anderes sei, als eine von jedem Contrahenten einseitig abgegebene Erklärung. Der Unterschied zwischen dem schriftlichen Vertrage und einem solchen, welcher nur die Stelle des zweiseitigen schriftlichen Vertrages vertritt, oder den Einwand der fehlenden schriftlichen Form beseitigt, sei darin zu finden, daß der schriftliche Vertrag erst dann aufgenommen werden könne, wenn die Contrahenten zuvor über das Wesentliche des Vertrages einig geworden seien, während bei den Verträgen der zweiten Art dieses nicht der Fall sei. Bei dem ersteren sei die Uebereinstimmung der Contrahenten (der consensus) als

Digitized by Google

das wesentliche Requisit des Vertrages, bereits vorhanden, bei den anderen werde der Vertrag nur successiv durch die Offerte respective die Annahme (§§. 2. 4. 79. 80. l. c.) hergestellt. Diese von einander verschiedenen Erklärungen des Versprechens und der Annahme seien daher einseitige Erklärungen, und nur beide zusammen würden materiell als Vertrag angesehen. Dabei sei es gleichgültig, ob sie auf dasselbe Stück Papier, oder auf besondere Bogen geschrieben würden. Denn auch ein besonderes Antwortschreiben, welches in margine der Offerte geschrieben werde, bleibe ein die Antwort enthaltender Brief und eine der Offerte nachfolgende einseitige Erklärung. — Hiernach unterlägen die vom Kläger abgeschlossenen Lieferungsverträge deshalb keiner Stempelsteuer, weil das Stempelgesetz vom 7. März 1822 nur die schriftlichen Verträge d. h. die Vertragsurkunden als solche, der Stempelsteuer unterwerfe."

Der Appellations-Richter fehlt nun, wie die Nichtigkeits-Beschwerde rügt, rechtsgrundsätzlich darin, daß er den fraglichen Lieferungs-Verträgen unter Verkennung der Natur und des wesentlichen Charakters derselben (Nr. 9. der Instruction vom 7. April 1839) die Eigenschaft schriftlicher Verträge abspricht, und sie für nicht stempelflichtig erachtet.

Nach §. 109. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. gehört zur Gültigkeit eines Vertrages, außer der wechselseitigen Einwilligung, auch die Beobachtung der in den Gesetzen vorgeschriebenen Form. Die schriftliche Abschließung ist also ein Essentiale derjenigen Verträge, bei welchen sie gesetzlich vorgeschrieben oder von den Parteien verabredet ist, und nach §. 116. l. c. erhalten Verträge, welche vermöge des Gesetzes, oder einer Abrede der Parteien schriftlich geschlossen werden sollen, ihre Gültigkeit erst durch die Unterschrift. Wenn nun auch schrift-

Digitized by Google

liche Verträge gewöhnlich in der Art abgeschlossen werden, daß die Contrahenten, wenn sie persönlich zusammen sind, sich über den Inhalt des Vertrages mündlich einigen, daß demnächst der Vertrag niedergeschrieben und sodann von den Contrahenten unterschrieben wird, so ist doch diese gewöhnliche Art, einen schriftlichen Vertrag zu errichten, nicht die allein zulässige und ausschließliche. Das wesentliche Erforderniß eines jeden Vertrages ist die wechselseitige Einwilligung der Contrahenten in das zu errichtende Rechtsgeschäft. §. 1. l. c. Diese wechselseitige Einwilligung wird durch gegenseitige Willensäußerungen hergestellt und ist nach §. 79. l. c. vorhanden, der Vertrag also geschlossen, wenn das von der einen Seite gegebene Versprechen (§. 2. l. c.) von der anderen Seite gültig angenommen (§. 4. l. c.) oder, wenn das, was der eine Theil fordert oder verlangt von dem anderen Theile bewilligt wird (§. 82. l. c.), in welchem letzteren Falle es nicht noch einer besonderen Annahme Seitens des Gegencontrahenten bedarf. Es liegt in der Natur der Sache, daß die gegenseitigen Erklärungen nur nach einander abgegeben werden können, und es sind deshalb für die Annahme eines Versprechens, wenn sie gegen den Versprechenden Kraft haben soll, bestimmte Fristen vorgeschrieben (§. 90 ff. l. c.), die gegenseitig abgegebenen Erklärungen verlieren auch durch die Annahme nicht die Eigenschaft einseitiger Erklärungen; sie genügen aber auch in dieser Eigenschaft zur Herstellung eines Vertrages, sobald sie nur die wechselseitige Einwilligung der Contrahenten in das abzuschließende Rechtsgeschäft darstellen, weil gerade diese wechselseitige Einwilligung vom Gesetze Vertrag genannt wird. (§. 1. l. c.).

Die gegenseitigen Willensäußerungen können, ebensowohl mündlich, wie schriftlich abgegeben werden, und ein schriftlicher Vertrag erfordert keineswegs, wie der Appellations-Richter

Digitized by Google

vermeint, stets eine vorangegangene mündliche Einigung, vielmehr ist seine Gültigkeit nur von der Unterschrift abhängig gemacht. Die erforderliche Einigung kann auch auf schriftlichem Wege zu Stande kommen, und wenn es sich um einem einseitigen Vertrag handelt, muß derselbe für schriftlich abgeschlossen erachtet werden, wenn der eine Theil auf Verlangen des anderen sofort schriftlich bewilligt, was der andere verlangt hatte, wenn also die schriftliche Urkunde des einen Theils die unmittelbare Folge des von dem andern kundgegebenen Verlangens ist.

Wenn nun, wie im vorliegenden Falle, die gegenseitigen Erklärungen, welche die wechselseitige Einwilligung in das abzuschließende Geschäft enthalten, von den Contrahenten auf demselben Blatt Papier unter ihrer Namensunterschrift abgegeben sind, so läßt sich auch nicht in Abrede stellen, daß ein schriftlicher Vertrag zu Stande gekommen ist, da sowohl die wechselseitige Einwilligung der Contrahenten, als auch die zur Gültigkeit des schriftlichen Vertrages erforderliche Unterschrift derselben in dem Documente vorhanden ist.

Der §. 185. l. c. kann auf einen solchen Fall keine Anwendung finden, da derselbe voraussetzt, daß der Vertrag nur mündlich geschlossen ist, und anordnet, daß derjenige, welcher sich schriftlich oder zu Protocoll zu einem mündlich geschlossenen Vertrage bekannt hat, den Mangel der schriftlichen Abfassung, so weit als diese Verabredungen aus diesem Anerkenntnisse erhellen, nicht vorschützen kann.

Ebensowenig lassen sich die hier vorliegenden Verträge für solche erachten, welche durch Briefwechsel geschlossen sind. Nach §. 86. l. c. können Verträge allerdings auch durch Briefwechsel errichtet werden, und der §. 142. l. c. ordnet an, daß zwischen Abwesenden die geführte Correspondenz die Stelle des schriftlichen Vertrages vertritt, in sofern

Digitized by Google

die Bedingungen und die wechselseitige Einwilligung der Contrahenten daraus zu entnehmen ist. Der durch Correspondenz errichtete Vertrag setzt also einen Briefwechsel unter Abwesenden voraus, wobei sich die Briefe des einen in der Hand des anderen Contrahenten befinden, und diese erst durch das Zusammenhalten der gegenseitigen Zuschriften die zur Errichtung des Vertrages erforderliche wechselseitige Einwilligung der Contrahenten ergeben, aber keinenfalls eine einheitliche Vertrags-Urkunde bilden, sondern nur die Stelle eines schriftlichen Vertrages vertreten. Ist nun auch bei dem schriftlichen Vertrage die Unterschrift beider Contrahenten nicht unter ein und demselben Exemplare erforderlich; genügt es vielmehr zur Erfüllung der Form, wenn jeder Contrahent ein übereinstimmendes Exemplar mit seiner Unterschrift vollzieht, und die so vollzogenen Exemplare gegen einander ausgetauscht werden, wie in dem Plenarbeschlusse vom 2. September 1839 (Entscheidungen Bd. 5. S. 30 ff.) ausgeführt ist, so läßt sich davon doch keine Anwendung auf einen durch Briefwechsel errichteten Vertrag machen, da die einzelnen Briefe wohl die in Bezug auf die wechselseitige Einwilligung erforderlichen gegenseitigen Erklärungen, keineswegs aber den Vertrag selbst enthalten und die unter den einzelnen Briefen befindliche Unterschrift des einzelnen Contrahenten nicht die Unterschrift unter einem übereinstimmenden Vertrags-Exemplare ersetzen kann. Bei einem durch Briefwechsel errichteten Vertrage fehlt es gerade an einem einheitlichen Vertrags-Documente, und wenngleich derselbe die Stelle eines schriftlichen Vertrages vertritt und gleich diesem klagbar ist, so stellt die Correspondenz doch keine schriftliche Vertrags-Urkunde dar, wie dies bei den hier in Rede stehenden Schriftstücken der Fall ist, welche auf einem Blatte, an demselben Orte ausgestellt, die erforderliche wechselseitige Einwilligung unter der

Digitized by Google

Unterschrift jedes einzelnen Contrahenten enthalten, und daher allen Erfordernissen einer schriftlichen Vertrags-Urkunde entsprechen.

In dem vom Verklagten allegirten Erkenntnisse vom 7. Mai 1846 in Sachen des Provinzial-Stempelfiscals zu Berlin wider K. ist zwar in angeblicher Erweiterung des Plenarbeschlusses vom 2. September 1839 beiläufig ausgesprochen, daß der §. 142. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. in dem Ausdrucke:

„die zwischen Abwesenden geführte Correspondenz vertritt die Stelle des schriftlichen Vertrages"

keinen anderen Sinn habe, als den, daß sie die Form erfülle, welcher auf andere Weise durch das besonders ausgefertigte Document genügt werde. Mag dies auch in Bezug auf die Klagbarkeit eines solchen Vertrages richtig sein, so ist es doch in Bezug auf die Stempelpflichtigkeit entschieden nicht der Fall. Denn das Gegentheil in dieser Beziehung ist durch die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 10. Januar 1840 sub 2a. ausdrücklich anerkannt, worin es heißt:

> Ist der Vergleich über ein Geschäft abgeschlossen worden, welches blos mündlich oder durch Correspondenz oder in einer anderen, die Stempelverwendung nicht bedingenden Form zu Stande gekommen, und hätte für dieses Geschäft, wenn darüber eine schriftliche Verhandlung aufgenommen wäre, ein höherer, als der bei Verträgen im Allgemeinen stattfindende Stempel entrichtet werden müssen, so ist zu dem Vergleiche, insofern dadurch das Geschäft im Wesentlichen aufrecht erhalten wird, dieser höhere Stempel zu verwenden.

Hier sind die durch Correspondenz zu Stande gekommenen Geschäfte denen, über welche schriftliche Verhandlungen aufgenommen worden, also den schriftlichen Verträgen, direct entgegengesetzt, und gleich den mündlichen Verträgen für nicht

Digitized by Google

stempelpflichtig erachtet, und daß dies nicht blos beiläufig geschehen ist, wie Verklagter vermeint, ergeben die eingesehenen Materialien zu dieser Allerhöchsten Cabinets-Ordre unzweifelhaft. Denn in der über die bei dem Königlichen Staats-Ministerium in Betreff des Entwurfs dieser Verordnung am 5. November 1839 abgehaltenen Berathung aufgenommenen Verhandlung wird erwähnt, daß der Finanz-Minister bei der schriftlichen Abstimmung darauf angetragen habe, die Bestimmung über mündlich zu Stande gekommene Geschäfte auch auf solche Geschäfte auszudehnen, welche durch Correspondenz, oder sonst in einer die Stempelverwendung nicht bedingenden Form zu Stande gekommen seien, und sodann heißt es:

„dieser Antrag wurde ganz unbedenklich gefunden."

In dem Immediatberichte vom 31. December 1839, mit welchem der Entwurf zu der zu erlassenden Ordre Sr. Majestät dem Könige überreicht wurde, ist mit Bezug auf die betreffende Bestimmung wörtlich angeführt:

„Die vorstehende Bestimmung schließt sich an diejenige an, welche wir in Betreff der Stempelpflichtigkeit schriftlicher Vergleiche über mündlich zu Stande gekommene Geschäfte allerunterthänigst in Antrag gebracht haben. Das Motiv, auf welchem die letztere beruht, tritt bei Geschäften, welche durch Correspondenz oder sonst in einer die Stempelverwendung nicht bedingenden Form zu Stande gekommen sind, gleichfalls ein; jene Bestimmung wird daher auch auf diese Fälle auszudehnen sein."

Nach diesem Sachverhalt kann es nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß das Königliche Staats-Ministerium übereinstimmend der Ansicht gewesen ist, daß die mündlich abgeschlossenen Geschäfte mit den durch Correspondenz oder sonst in einer die Stempelverwendung nicht bedingenden Form zu

Digitized by Google

Stande gekommenen Geschäften ganz gleich zu stellen und nicht für stempelpflichtig zu erachten seien, und daß dessen Absicht bei Extrahirung der desfallsigen Allerhöchsten Cabinets-Ordre dahin gegangen ist, diese Gleichstellung gesetzlich ausgesprochen zu sehen. Dieser Ansicht ist denn auch durch die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 10. Januar 1840 entsprochen und es kann daher keinem gegründeten Bedenken unterliegen, daß die durch Correspondenz zu Stande gekommenen Geschäfte im Gegensatz zu den schriftlich abgeschlossenen, an sich nicht stempelpflichtig sind, gleich der vom Schuldner geschehenen Unterschrift einer Rechnung über gelieferte Waaren oder Arbeiten, welche nach §. 152. Thl. I. Tit. 5. A. L. R. ebenfalls nur die Stelle eines schriftlichen Vertrages vertritt.

Müssen hiernach die hier in Rede stehenden Schriftstücke für schriftliche Verträge erachtet werden, und stellen sie keineswegs blos durch Briefwechsel errichtete Verträge dar, so hat der Appellations-Richter, welcher ihnen die Eigenschaft schriftlicher Verträge abspricht, und sie für nicht stempelpflichtig erklärt, die Natur und den wesentlichen Charakter derselben verkannt, und dadurch zugleich §§. 2. und 22. des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 verletzt, und sein Erkenntniß unterliegt daher der Vernichtung.

Für die anderweite Entscheidung der Sache ergiebt sich aus dem Vorangeführten zugleich, daß die in Rede stehenden Lieferungsverträge als schriftliche Verträge anzusehen sind, da die an demselben Orte ausgestellten, von jedem Contrahenten auf demselben Blatte unterschriebenen Erklärungen die erforderliche wechselseitige Einwilligung derselben enthalten, und so ein einheitliches Document über jedes einzelne Geschäft darstellen, welches von der Stempelsteuer betroffen wird.

Nach dem Tarif zum Stempelgesetz werden Lieferungs-

Digitized by Google

verträge, wie Kaufverträge, besteuert, und diese unterliegen, wenn sie über andere Gegenstände als inländische Grundstücke und Grundgerechtigkeiten eingegangen sind, ohne Unterschied, sofern über den Kauf derselben ein besonderer schriftlicher Vertrag abgeschlossen wird, der Steuer von einem Drittel-Procent des vertragsmäßigen Kaufpreises. In dem Plenarbeschlusse vom 2. September 1839 ist bereits ausgeführt, daß die Bedeutung der Worte „ein besonderer Vertrag" im Gegensatz zu der Bestimmung im §. 5. lit. f. des Stempelgesetzes nur dahin geht, daß Kaufverträge über bewegliche Sachen blos dann dem Stempel von einem Drittel-Procent unterliegen, wenn die beweglichen Sachen nicht gemeinschaftlich mit Grundstücken und Grundgerechtigkeiten, sondern für sich allein, also besonders verkauft werden, während der Stempel von einem Procent zu entrichten ist, wenn bewegliche Sachen gemeinschaftlich mit inländischen Grundstücken und Grundgerechtigkeiten unabgesondert verkauft werden. Für Lieferungsverträge im kaufmännischen Verkehr ist jedoch durch die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 30. April 1847 eine Ermäßigung der Stempelsteuer angeordnet, indem darin bestimmt ist, daß

> fortan jeder im kaufmännischen Verkehr über bewegliche Gegenstände mit Einschluß der Actien und anderer geldwerthen Papiere, sei es mit oder ohne Zuziehung eines vereideten Agenten oder Maklers schriftlich abgeschlossener Kauf- und Lieferungsvertrag, ohne Unterschied, ob derselbe unter Handeltreibenden oder unter anderen Personen abgeschlossen worden, so weit er nach der Höhe des Betrages an sich stempelpflichtig ist, einer Stempelabgabe von 15 Sgr., und falls mehrere Contracts-Exemplare durch Unterschrift der Contrahenten vollzogen werden, jedes Exemplar dem Stempel von 15 Sgr. unterliegen soll."

Digitized by Google

Dieser Fall liegt hier vor, da der Kläger Kaufmann ist und die Lieferungsgeschäfte in den Grenzen seines Gewerbes vorgenommen hat, wobei es nach dem Wortlaut der Allerhöchsten Cabinets-Ordre gleichgültig ist, ob der Verklagte auch zu den Handeltreibenden gehört oder nicht (cfr. Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 5. Februar 1848 Entsch. Bd. 16. S. 157. und vom 26. September 1856 Goltdammer's Archiv Bd. 4. S. 822.).

Der Verklagte behauptet zwar, daß die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 30. April 1847 nach ihrer aus den bezeichneten Acten des Königlichen Finanz-Ministeriums hervorgehenden Entstehungsgeschichte nur auf den Ankauf zum Wiederverkauf zu beziehen sei, und daher auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden könne. Die eingesehenen Materialien bestätigen jedoch diese Ansicht keineswegs, dieselben ergeben vielmehr folgendes:

Ursprünglich wurde beabsichtigt, eine neue Mäkler-Ordnung zu erlassen, und darin, die rheinische mit der altländischen Gesetzgebung so zu verschmelzen, daß unter Abänderung der Stempeltarif-Position „Mäkleratteste" der Abschluß des Geschäfts erst durch die Unterschrift der Contrahenten rechtsverbindlich werden sollte. Alsdann hätte aber das an sich steuerfreie Mäkleratteste, sobald es mit der Unterschrift der Contrahenten versehen worden, als schriftlicher Vertrag zur Versteuerung gezogen werden müssen. Die Rücksicht, daß derartige Geschäfte im kaufmännischen Verkehr die Stempelabgabe von einem Drittel-Procent, wie Kauf- und Lieferungsverträge über Mobilien, nicht zu tragen vermöchten, und andere Gründe veranlaßten, den damaligen Finanz-Minister, eine Allerhöchste Ordre dahin zu extrahiren, daß fortan jedes nach der Höhe des Betrages stempelpflichtige, im kaufmännischen Verkehr, sei es mit oder ohne Zuziehung eines Mäk-

Digitized by Google

lers, oder durch letzteren allein, schriftlich abgeschlossene Geschäft, mit Einschluß des Actienverkehrs unter Kaufleuten einem unveränderlichen Stempel von 15 Sgr. unterliegen sollte.

Dieser Vorschlag fand bei dem damaligen Justiz-Minister Widerspruch wegen der Unbestimmtheit des Ausdrucks „Kaufleute" und „kaufmännischer Verkehr", und der Finanz-Minister proponirte nunmehr, jeden im kaufmännischen Verkehr über bewegliche Gegenstände mit Einschluß der Actien und der auf jeden Inhaber lautenden geldwerthen Papiere, sei es mit oder ohne Zuziehung eines vereideten Mäklers, schriftlich abgeschlossenen Kauf- oder Lieferungsvertrag einer unveränderlichen Stempelabgabe von 15 Sgr. zu unterwerfen, indem er in dem Schreiben vom 11. December 1846 bemerkte:

Zwar mag nicht in Abrede gestellt werden, daß der Ausdruck „im kaufmännischen Verkehr" einige Schwierigkeiten darbietet, wenn es darauf ankäme, eine legale Definition davon zu geben; es ist aber auch kein Anlaß zur Feststellung einer solchen Definition vorhanden, welche nur alsdann erforderlich sein würde, wenn von dem sprachgebräuchlich damit verknüpften Begriffe abgewichen werden sollte, was nicht in der Absicht liegt.

Auch steht nicht zu befürchten, daß die Fassung „Kauf- und Lieferungsverträge im kaufmännischen Verkehr" in der Anwendung auf die einzelnen Fälle zu erheblichen Zweifeln Anlaß geben wird. Es wird in der Wirklichkeit nicht leicht eine unausgleichbare Meinungsverschiedenheit darüber obwalten, ob ein Kauf- und Lieferungsgeschäft im kaufmännischen Verkehr abgeschlossen ist, oder nicht, wenn man nur daran festhält, daß der Begriff davon rein objectiv aufzufassen ist, dergestalt, daß es nicht

Digitized by Google

auf den Stand der Contrahenten, insbesondere ob beide oder einer von ihnen zu den Kaufleuten oder Händlern gehört, sondern lediglich darauf ankommt, ob das abgeschlossene Kauf- oder Lieferungsgeschäft zu den kaufmännischen Geschäften zu zählen, d. h. ein solches ist, welches der Kaufmann in seinem Kaufmannsgeschäfte abzuschließen hat. Kauft z. B. ein Getreidehändler von einem Landmanne Getreide in solcher Menge, daß an der Absicht solches wieder zu verkaufen, kein Zweifel ist, so wird der Vertrag zu den im kaufmännischen Verkehr abgeschlossenen gehören, während der Vertrag zweier Kaufleute über Getreideankauf nicht hierher zu rechnen sein wird, indem nur ersteren Falls ein dem Kaufmannsgewerbe angehöriges Geschäft, Kauf zum Wiederverkauf, verabredet ist. Kauf- und Lieferungsgeschäfte über öffentliche Papiere und andere Effecten, einschließlich der Eisenbahnactien, sind zu den Geschäften der Kaufleute zu zählen, und desfallsige Verträge als im kaufmännischen Verkehr abgeschlossen auch alsdann anzusehen, wenn die Contrahenten in dem speciellen Falle keine Kaufleute sind."

Der Justiz-Minister erachtete hierdurch zwar seine Bedenken nicht für erledigt, wollte aber die beabsichtigte Erleichterung des Verkehrs nicht länger aufhalten, und nahm seinen Protest zurück, zumal der Finanz-Minister von der gewählten Bezeichnung für das Stempel-Interesse keine Gefahr befürchte.

Der Entwurf des Finanz-Ministers wurde vom Königlichen Staats-Ministerium Sr. Majestät dem Könige zur Genehmigung eingereicht, in dem Immediat-Berichte vom 18. April 1847 rücksichtlich des Ausdrucks „Kauf- und Lieferungsverträge im kaufmännischen Verkehr" aber bemerkt, daß, wie wohl es schwierig sein möge, davon eine

Digitized by Google

genaue Definition zu geben, derselbe in der Anwendung erhebliche Zweifel nicht darbieten werde. Was sprachgebräuchlich als ein im kaufmännischen Verkehr abgeschlossenes Kauf- und Lieferungsgeschäft gelte, solle ein solches auch im Sinne der neuen Verordnung sein, einer legalen Definition dieses Ausdrucks werde es daher nicht bedürfen.

Hiernach ist die Frage, ob ein derartiger Vertrag im kaufmännischen Verkehr abgeschlossen ist, nicht nach positiven gesetzlichen Bestimmungen, sondern lediglich nach den obwaltenden Umständen zu entscheiden. Im vorliegenden Falle hat der Kläger die Lieferungsverträge als Kaufmann abgeschlossen und das Lieferungsgeschäft fällt jedenfalls in den Bereich seines Gewerbes. Rücksichtlich seiner liegt daher ein kaufmännischer Verkehr vor, wenngleich der Verklagte nicht zu den Handel treibenden Personen gehört. Die Allerh. Cabinets-Ordre vom 30. April 1847 ist daher auf den vorliegenden Fall zur Anwendung zu bringen, und danach ist jeder der sieben Lieferungsverträge mit einer Stempelsteuer von 15 Sgr. zu belegen, so daß Kläger überhaupt nur 3 Thlr. 15 Sgr. an Stempelsteuer zu erlegen hat.

Mit diesem Betrage nebst Zinsen mußte daher Kläger in Bezug auf seine Rückforderung abgewiesen und danach das erste Erkenntniß abgeändert, dieses aber im Uebrigen bestätigt werden.

№ 48.

Quittungs-Stempel.

Wer hat die Kosten des Stempels bei stempelpflichtigen Quittungen zu tragen?

Digitized by Google

Stempelgesetz vom 7. März 1822 §. 22.
A. L. R. Thl. I. Tit. 16. §§. 86. 92., Tit. 20. §. 54. Anh. zu §. 532.

Auf den der Kloster B.schen Stiftung zu Magdeburg gehörigen Grundstücken zu B. haftet für die minorennen Geschwister N., auf Grund eines Licitations-Protocolls vom 8. August 1856 und mehrerer Nachtrags-Verhandlungen, ein Capital von 15,030 Thlr. zu vier Procent Zinsen, welche nach der Uebereinkunft der Parteien in halbjährigen Raten, am 1. April und 1. October jeden Jahres, zu entrichten sind. Den am 1. April 1863 verbliebenen Rückstand von 200 Thlr. 12 Sgr. haben die Geschwister N., vertreten durch ihren Vormund, jetzt mit dem Antrage eingeklagt, die verklagte Stiftung zur Zahlung dieser Summe zum Depositum der Gerichts-Commission zu Egeln zur Masse der N.schen Minorennen einzuzahlen. Schon in der Klage wird bemerkt, daß die etwa darauf gestützte Weigerung der Verklagten, daß ihr die Ertheilung der ihrer Seits verlangten Quittung verweigert worden, unbegründet sei, weil Seitens der Kläger diese Ertheilung nur von der Beschaffung des dazu erforderlichen gesetzlichen Stempels abhängig gemacht worden sei, dessen Kosten Verklagte zahlen müsse, weil der Stempel nur durch die aus der Oberaufsicht des Staats folgenden besonderen Verhältnisse der Verklagten nöthig werde, wie denn Verklagte auch in einem Vorprocesse zur Bezahlung der Stempel für die früheren Quittungen durch Recursbescheid vom 13. März 1860 vom Appellations-Gerichte zu Magdeburg verurtheilt sei. Jedenfalls dürfe sie wegen des streitigen Stempelbetrags von 3 Thlr. 10 Sgr. nicht die ganze Zinssumme von 200 Thlr. 12 Sgr. zurückbehalten.

Dagegen hat Verklagte, auf §. 86. Tit. 16. Thl. I. A. L. R. und §. 22. des Stempelgesetzes sich stützend, die

Digitized by Google

Abweisung der Kläger zur Zeit beantragt, da es deren Sache sei, gegen Zahlung gehörige d. h. gestempelte Quittung auszustellen, gegen welche allein sie Zahlung zu leisten habe.

Diesem Antrage gemäß erkannte denn auch das Stadt- und Kreisgericht zu Magdeburg unterm 11. December 1863. Auf die dagegen eingelegte Appellation der Kläger aber erkannte der Civil-Senat des Appellations-Gerichts daselbst, nach geschehener Vorlegung der Vorproceß-Acten, unterm 9. Juli 1864 auf Verurtheilung der Verklagten nach dem Klageantrage, indem der Richter ausführt:

> Der ursprüngliche Schuldner der Hypothek sei der Regierungs-Rath H. gewesen, in dessen Schuld die Verklagte nur eingetreten sei, so daß durch diesen Eintritt erst die auszustellenden Zinsquittungen stempelpflichtig geworden seien — Tarif zum Stempelgesetz vom 7. März 1822, Position: Quittungen — daß aber die Kläger hierdurch nicht hätten schlechter gestellt werden können, es vielmehr der Verklagten überlassen bleibe, den lediglich aus ihrer Person nothwendig gewordenen Stempel selbst zu beschaffen.

Hiergegen hat die Verklagte noch die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt und bezüglich des hier allein, interessirenden Punktes Verletzung der §§. 86. und 92. Tit. 16. §. 54. Anh. zu §. 532. Tit. 20. Thl. I. A. L. R., §. 898. Tit. 18. Thl. II. ebendas., sowie des §. 22. des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 und dessen Tarifs unter der Position: Quittungen, und der Cabinets-Ordre vom 19. Januar 1827 gerügt. Diese Beschwerde wurde indeß durch Urtel des dritten Senats des Ober-Tribunals vom 6. Januar 1865 zurückgewiesen, aus folgenden

Gründen.

Der §. 898. Tit. 18. Thl. II. und §. 54. des Anh. zu §. 532. Tit. 20. Thl. I. des A. L. R. erscheinen nicht

Digitized by Google

verletzt, denn aus diesen Vorschriften hat der Appellations-Richter den Entscheidungsgrund nicht entnommen, er hat nicht angenommen, daß einer der dort vorausgesetzten Ausnahmefälle vorliege; eben so wenig erscheint der §. 22. des Stempel-Gesetzes vom 7. März 1822 verletzt, der nur das Verhältniß des Staats zu den einzelnen Personen, welche innerhalb Landes Rechtsgeschäfte vornehmen, bezüglich der Stempelabgabe regulirt, die Frage über die desfallsigen Rechte und Verpflichtungen der Handelnden unter einander aber ganz unberührt läßt.

Aus der Bestimmung des Tarifs unter dem Worte „Quittungen" in Verbindung mit der Thatsache, daß die Verklagte in das bestandene Schuldverhältniß des H. eingetreten, hat der Richter nur gefolgert, daß die Stempelpflichtigkeit der Quittungen seit jenem Zeitpunkte eingetreten sei, darin kann also auch eine Verletzung dieser Vorschrift nicht gefunden werden.

Auch die §§. 86. 92. Tit. 16. Thl. I. des A. L. R. und die Cabinets-Ordre vom 29. Januar 1827 erscheinen nicht verletzt. Denn es ist längst anerkannt, daß aus jenen landrechtlichen Vorschriften, welche nur die Verpflichtung des Zahlungsnehmers zur Ausstellung des dort näher bezeichneten schriftlichen Anerkenntnisses der erfolgten Befriedigung aussprechen, über die hier vorliegende Frage nichts zu entnehmen ist, zumal die Quittungen nur in den im Tarif bestimmten Fällen stempelpflichtig sind, wenn sie als Rechnungsbelag bei Ablegung der Rechnung vor einer öffentlichen Behörde dienen, oder vor einem Notar oder Richter u. s. w. amtlich aufgenommem werden. Eben wegen dieses Mangels ausdrücklicher Bestimmung in den Gesetzen erging auf die Anfrage der Ostpreußischen Regierung vom 7. November 1797 das Hof-Rescript vom 27. November 1797, aus welchem der §. 54.

Digitized by Google

des Anhangs entnommen wurde, freilich nur in Bezug auf die Frage wegen der Kosten löschungsfähiger Quittungen. Als Grund wurde im Rescript angeführt, daß der ganze Vortheil bei der Quittungsleistung auf Seiten des Debitors liege (Rabe, Sammlung Bd. 4. S. 353.).

In dem von den Gesetz-Revisoren (Gesetz-Revision Thl. II. Pens. XIV. pag. 88.) erwähnten, im Jahre 1826 an des Königs Majestät erstatteten Bericht des Staats-Ministeriums dagegen glaubte man einen Anhalt am Stempelgesetz zu finden und nahm an, daß, weil die zur Rechnungslegung bei öffentlichen Behörden dienenden und also stempelpflichtigen Quittungen die Mehrzahl bilden, die desfallsigen Kosten vom Zahlungs-Empfänger getragen werden müßten, da sonst der Staat seine eigenen Cassen besteuern würde. Hierauf wurde durch Cabinets-Ordre vom 19. Januar 1827 der Justiz-Minister angewiesen, die angeregte Frage über die Verpflichtung zur Tragung der Kosten und Stempel der Quittungen bei der Revision der Gesetze zur Berathung zu bringen, bis zur ergehenden allerhöchsten Bestimmung aber nach der Ansicht der Mehrheit des Staats-Ministeriums zu verfahren.

Allein diese Cabinets-Ordre ist in der Gesetz-Sammlung nicht publicirt, hat also nicht Gesetzeskraft; das Staats-Ministerium aber hatte hiernach offenbar den Fall von Zahlungen der Gehälter an Beamte und dergleichen aus Königlichen Cassen vor Augen, während die verklagte Stiftung im vorliegenden Falle lediglich im Verhältniß des Privatschuldners eines Hypotheken-Capitals steht.

Endlich führen die Gesetz-Revisoren ihre Ansicht a. a. O. dahin aus, daß bei Quittungsleistungen jeder Theil diejenigen Kosten zu tragen habe, welche zu veranlassen sein Interesse erheischt. Durch wessen Persönlichkeit z. B. gerichtliche oder notarielle Aufnahme der Quittung nöthig werde,

Digitized by Google

der müsse auch die desfallsigen Kosten tragen, also der Zahlungsnehmer, wenn dies um seinetwillen nöthig wird, der Zahlende dagegen, wenn nur um seiner Zwecke willen mehr als eine Privatquittung erfordert wird. Die Stempelsteuer trifft, so wird weiter von ihnen ausgeführt, denjenigen, den das Gesetz besteuert, also bei gerichtlichen oder notariellen Quittungen den, welcher nach Obigem die Kosten der formellen Aufnahme zu tragen hat; bei Quittungen, welche als Rechnungsbelag einer öffentlichen Behörde dienen sollen, den Zahlungsempfänger, weil sich nicht denken lasse, daß der Staat eine Steuer erheben wolle, die er mit der anderen Hand aus seiner eigenen Casse wieder erstatten lasse.

Muß man dies als richtig anerkennen, so ergiebt sich hieraus einmal, daß die letztere Ausführung auf den vorliegenden Fall nicht paßt, weil Verklagte, wie schon oben angedeutet, zu den Klägern im Verhältniß eines gewöhnlichen Hypothekenschuldners zum Gläubiger steht, während von allen thatsächlichen Umständen, unter welchen ihre Casse als eine Staatscasse zu erachten, die der Staat nicht besteuern wolle, nichts constirt; es ergiebt sich ferner aus der Ausführung der Gesetz-Revisoren, daß, was auch den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entspricht, und was der Appellations-Richter als Entscheidungsgrund aufstellt, daß den Gläubiger nicht solche Kosten der Quittung treffen können, welche durch einen Wechsel der Person seines Schuldners nöthig wurden, da er durch solchen Wechsel nicht schlechter gestellt werden könne, und es folgt endlich hieraus, daß ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, wonach, mit Ausnahme der im §. 54. des Anhangs und §. 898. Tit. 18. Thl. II. des A. L. R. angegebenen Fälle, der Aussteller einer Quittung überall die Kosten des Stempels derselben ohne Vergütung Seitens seines

Digitized by Google

Schuldners tragen müsse, wie die Nichtigkeits-Beschwerde einen solchen statuiren will, nicht anerkannt werden kann.

№ 49.

Kaufpunktationen. Stempelpflichtigkeit derselben.

Wieweit muß der Inhalt einer nicht mehr existirenden Kaufpunktation nachgewiesen werden, um sie für stempelpflichtig erachten zu können?

Stempelsteuer-Gesetz vom 7. März 1822, Tarifposition „Kaufverträge".

Allerhöch. Cabinets-Ordre vom 19. Juni 1834 (Ges.-S. S. 81.)

Der Bürgermeister a. D. K. hat über den Verkauf seines Ziegeleigrundstücks nebst Zubehör an den Oeconomen E. W. für 15,000 Thlr. unterm 30. März 1861 eine von beiden Contrahenten unterschriebene Punktation errichtet, die bald darauf vernichtet ist.

In Folge einer Denunciation wegen Stempelsteuer-Defraudation, welcher eine angebliche Abschrift der Punktation beigefügt war, ist von der Königlichen Steuerbehörde der dazu erforderliche Immobiliar-Kaufstempel mit 150 Thlr. erfordert, und von dem Bürgermeister a. D. K. unter Vorbehalt seiner Rechte eingezahlt. Derselbe hält sich zur Entrichtung dieser Summe nicht für verpflichtet, und hat gegen den Steuerfiscus klagend beantragt, den Verklagten zur Zahlung von 150 Thlr. nebst fünf Procent Zinsen vom Tage

Digitized by Google

des Empfanges ab zu verurtheilen. Er stellte in Abrede, mit dem E. W. einen stempelpflichtigen Vertrag abgeschlossen zu haben, und bestritt namentlich die Uebereinstimmung der vorgelegten Abschrift mit der Original-Punktation vom 30. März 1861.

Durch das Erkenntniß erster Instanz ist Verklagter auch dem Klageantrage gemäß verurtheilt worden, weil angenommen wurde, daß der Inhalt der Punktation vom 30. März 1861 nicht nachgewiesen sei.

Der Appellations-Richter hat dagegen, das erste Erkenntniß abändernd, die Entscheidung von einem, dem Verklagten darüber auferlegten Ignoranzeide abhängig gemacht:

daß in der zwischen dem Kläger und dem E. W. um das Ziegeleigrundstück des Ersteren am 30. März 1861 errichteten Kaufpunktation der Kaufpreis auf 15,000 Thlr. festgesetzt, und daß diese Punktation von beiden Contrahenten unterschrieben worden.

Zur Begründung dieser Entscheidung hat der Appellations-Richter ausgeführt:

„Die Original-Kaufpunktation, um deren Verstempelung es sich handle, sei nicht herbeizuschaffen, weil dieselbe vernichtet worden; eben so wenig habe die Uebereinstimmung der bei den steueramtlichen Untersuchungs-Acten befindlichen Abschrift mit dem Originale festgestellt werden können. Hierdurch werde aber der Kläger von der Pflicht zur Entrichtung des tarifmäßigen Stempels nicht frei, in sofern Verklagter nachweise, daß wirklich ein an sich gültiges Kaufgeschäft schriftlich abgeschlossen sei, mithin eine stempelpflichtige Punktation vorgelegen habe.

Es handle sich nicht um eine Klage auf Erfüllung gegen einen Contrahenten, es sei mithin nicht nothwendig, daß der Inhalt der Punktation in allen seinen einzelnen Bestimmun-

Digitized by Google

gen dargethan werde; vielmehr genüge der Nachweis, daß die Punktation alle wesentlichen Erfordernisse eines Kaufvertrages enthalten habe, und Sache des Klägers würde es alsdann gewesen sein, darzuthun, daß und aus welchen Gründen die Punktation gleichwohl nicht einklagbar gewesen sei. Durch die spätere Vernichtung der Punktation habe in dem Rechte des Verklagten auf Verwendung des tarifmäßigen Stempels nichts geändert werden können."

Es wird sodann als Ergebniß der Beweisaufnahme festgestellt, daß der dem Verklagten obliegende Beweis in soweit erbracht sei, daß die Verstattung des Verklagten zum Erfüllungseide über die Höhe des Kaufpreises und über die Unterschrift der Punktation keinem Bedenken unterliege, durch welchen Eid festgestellt werde, daß eine alle essentialia eines Kaufs enthaltende Punktation vorgelegen habe. Die vom Kläger gegen die Stempelpflichtigkeit dieser Punktation erhobenen Einwendungen werden verworfen.

Kläger hat hiergegen die Nichtigkeits-Beschwerde eingelegt, und zur Begründung derselben zunächst Verletzung der §§. 2. und 12. des Stempelsteuer-Gesetzes vom 7. März 1822, der Position des Tarifs zu selbigem „Kaufverträge" und der Allerh. Cabinets-Ordres vom 19. Juni 1834 und 24. November 1835 gerügt, weil die Steuerbehörde die Punktation vom 30. März 1861 nur dann für stempelpflichtig hätte erachten können, wenn ihr dieselbe im Originale vorgelegt wäre. Statt dessen sei eine bloße Abschrift eingereicht worden, deren Uebereinstimmung mit dem Originale streitig sei, und welche auch nicht durch den vom Appellations-Richter auferlegten Eid dargethan werde. Es sei unzulässig und mit den citirten Gesetzen unverträglich, auf diese Weise die Stempelpflichtigkeit einer nicht existenten Urkunde darzuthun.

Die Nichtigkeits-Beschwerde ist auch für begründet er-

Digitized by Google

achtet, und durch das Erkenntniß des ersten Senats des Ober-Tribunals vom 16. Juni 1865 ist unter Vernichtung des Erkenntnisses des Appellations-Gerichts zu Stettin vom 25. Juni 1864 und unter Abänderung des Erkenntnisses des dortigen Kreisgerichts vom 15. Januar 1864 die Entscheidung von einem dem Kläger darüber

daß die zwischen ihm und dem E. W. um sein Ziegeleigrundstück am 30. März 1861 errichtete und unterschriebene Kaufpunktation mit der Blatt 3. der adhibirten steueramtlichen Acten befindlichen Abschrift nicht übereingestimmt hat,

auferlegten Eide abhängig gemacht. Die

Gründe

dieser Entscheidung, soweit sie sich auf den nachzuweisenden Inhalt der Punktation beziehen, auf den es, rücksichtlich hier zu beantwortender Fragen allein ankommt, lauten folgendermaaßen:

Die Rüge des Klägers muß im Wesentlichen auch für begründet erachtet werden. Denn der Kaufstempel ist seiner Natur nach keine Permutationsabgabe, sondern eine Urkundensteuer. Kommt es sonach bei dem Kaufstempel auch nicht darauf an, ob das abgeschlossene Kaufgeschäft zur Ausführung gelangt oder wieder rückgängig gemacht wird, so hängt die Verbindlichkeit zur Lösung des Kaufstempels doch jedenfalls davon ab, daß eine Urkunde schriftlich vollzogen ist, welche ein Kaufgeschäft documentirt. Ob eine solche Urkunde existent geworden ist, das läßt sich aber nur aus deren Gesammtinhalte beurtheilen, und wenn dieselbe vor Verwendung des Stempels wieder vernichtet worden ist, so genügt zur Feststellung ihrer Stempelpflichtigkeit keineswegs der bloße Nachweis, daß darin auch die Essentialien eines Kaufs enthalten gewesen sind; vielmehr muß deren ganzer Inhalt darge-

Digitized by Google

than werden, weil sich nur danach beurtheilen läßt, ob ein Kaufgeschäft formell gültig abgeschlossen ist. Denn, wenn die Contrahenten auch über ihre Personen, über den zu verkaufenden Gegenstand und über den Preis dafür, also über die Essentialien eines Kaufs einig gewesen sein mögen, so läßt sich doch daraus allein noch nicht abnehmen, ob der Kauf formell gültig abgeschlossen worden ist, da die Contrahenten außerdem Verabredungen getroffen oder Erklärungen abgegeben haben können, die das Zustandekommen eines gültigen Kaufs direct verhindern. Der Appellations-Richter verkennt dies auch nicht; er ist aber der Ansicht, daß, da es sich nicht um eine Klage auf Erfüllung gegen einen Contrahenten handle, es dem Kläger obgelegen hätte, darzuthun, ob und aus welchen Gründen die Punktation gleichwohl nicht einklagbar gewesen sei. Dies ist jedoch unrichtig.

Der Kläger hat die Stempelsteuer nur mit Vorbehalt seiner Rechte erlegt, und es ist deshalb Sache des Verklagten, die Stempelpflichtigkeit der Punktation darzuthun, wenn er den Anspruch auf Rückerstattung beseitigen will. Dies kann er aber, da die Urkunde nicht mehr existirt, nicht durch den Nachweis einzelner Bestandtheile ihres Inhalts, sondern nur durch den Nachweis ihres Gesammtinhalts darthun, weil sich erst aus diesem beurtheilen läßt, ob eine stempelpflichtige Punktation abgeschlossen ist und dem Kläger ohne diesen Nachweis nicht die Verpflichtung obliegt, das Gegentheil darzuthun.

Nach dem Stempeltarif ist bei Kaufverträgen über inländische Grundstücke und Grundgerechtigkeiten ein Procent des nach §§. 4. und 5. des Stempelsteuer-Gesetzes berechneten Kaufwerths zu entrichten. Und die Allerh. Cabinets-Ordre vom 19. Juni 1834 bestimmt sub 1.:

Digitized by Google

Punktationen und gerichtliche oder Notariats-Protocolle über einen zu errichtenden Vertrag, welche die Kraft eines Vertrages haben, und demnach eine Klage auf Erfüllung begründen, sind dem gesetzlichen Vertragsstempel auch alsdann unterworfen, wenn darin die Ausfertigung einer förmlichen Vertragsurkunde vorbehalten ist;

die Stempelpflichtigkeit solcher Punktationen hängt also davon ab, ob sie die Kraft eines Vertrages haben, und demnach eine Klage auf Erfüllung begründen. Dies läßt sich aber nur aus dem Gesammtinhalte der Punktation beurtheilen, und der Appellations-Richter geht daher jedenfalls in rechtlicher Beziehung fehl, wenn er meint, es handle sich nicht um eine Klage auf Erfüllung gegen einen Contrahenten, es sei mithin nicht nothwendig, daß der Inhalt der Punktation in allen seinen einzelnen Bestimmungen dargethan werde; es genüge vielmehr der Nachweis, daß die Punktationen alle wesentlichen Erfordernisse eines Kaufvertrages enthalten habe. Denn das Gesetz macht die Stempelpflichtigkeit solcher Punktation davon abhängig, daß sie eine Klage auf Erfüllung begründen, und ob dies der Fall ist, läßt sich nicht nach einzelnen in der Punktation enthaltenen Verabredungen, sondern nur nach dem Gesammtinhalte der ganzen Punktation beurtheilen.

Wenn daher der Appellations-Richter nach Ableistung des nur über einen beschränkten Theil des Inhalts der Punktation auferlegten Eides dennoch die Stempelpflichtigkeit der Punktation ausspricht, ohne den Gesammtinhalt der Punktation festzustellen, nach welchem allein deren Klagbarkeit beurtheilt werden kann, so verletzt er die Tarifposition „Kaufverträge" und die Allerh. Cabinets-Ordre vom 19. Juni 1834 sub 1. und sein Erkenntniß unterliegt aus diesem Grunde der Vernichtung, so daß es auf die übrigen von der

Digitized by Google

Nichtigkeits-Beschwerde erhobenen Angriffe nicht weiter ankommt.

№ 50.

Schlesien. Wegebau.

Kann eine angeblich zu Unrecht zum Wegebau herangezogene Privatperson, die Erstattung der bezüglichen Kosten nach dem Schlesischen Wege-Reglement vom 11. Januar 1767 von der betreffenden Gemeinde, oder nur von den definitiv verpflichteten Adjacenten fordern?

(Vergl. die §§. 6. 7. 19. des gedachten Wege-Reglements in Korn's Edicten-Sammlung Bd. 10. S. 3 ff.

Auf der Westseite der Stadt Nicolai, von dem Anfange der Nicolai-Gleiwitzer Staats-Chaussee ab, führt in einer Länge von einigen hundert Schritten ein Weg bis dicht an die Colonie Mokrau, und zwar durch die Feldmark der Stadt Nicolai, zu deren Gemeindeverbande die Eigenthümer der an den Weg anstoßenden Grundstücke gehören.

In Folge des zwischen dem Fürsten von Pleß und der Stadtgemeinde Nicolai in Betreff des Baues dieses Weges entstandenen Streites, resolvirte die Königliche Regierung zu Oppeln unterm 26. Januar 1861, daß der Fürst von Pleß, als Inhaber der Wegemauthsgerechtigkeit, die gesammten Kosten der Instandsetzung dieses öffentlichen Weges herzugeben habe. Dem zufolge ließ der Fürst von Pleß den Weg auf seine Kosten zwar herstellen, erhob aber, den ihm vorbehaltenen

Digitized by Google

Rechtsweg beschreitend, gegen die Stadtgemeinde Nicolai mit dem Antrage Klage:

dieselbe zu verurtheilen, anzuerkennen, daß er, als Besitzer der Standesherrschaft Pleß, nicht verpflichtet sei, die Straße von Nicolai nach der Colonie Mokrau zu unterhalten, vielmehr die Stadtgemeinde Nicolai schuldig, die für die Instandsetzung der Straße im Jahre 1862 aus seinem Vermögen verwendeten, in separato zu ermittelnden, Kosten zu ersetzen.

Er behauptete nämlich, daß nicht ihm, — da ihm bezüglich des qu. Weges eine Mauthgerechtigkeit nicht zustehe, — sondern einzig und allein der Verklagten auf Grund der Bestimmungen des Schlesischen Wege-Reglements vom 11. Januar 1767 die Unterhaltung des Weges obliege, weil sie mit, zu ihrem Verbande gehörigen Grundstücken, adjacire.

Die Verklagte widersprach dem Klageantrage.

Das Kreisgericht zu Pleß wies durch Erkenntniß vom 16. December 1863 den Kläger wegen mangelnder Passiv-Legitimation ab. Auf das Seitens des Klägers hiergegen eingelegte Rechtsmittel der Appellation bestätigte das Appellations-Gericht zu Ratibor unterm 30. Juni 1864 das Erkenntniß erster Instanz.

Der Appellations-Richter stützte seine Entscheidung auf folgende Ausführung:

Dem Resolute der Königlichen Regierung zu Oppeln vom 16. Januar 1861 gegenüber habe der Kläger darzuthun, daß die ihm auferlegte Verpflichtung nicht ihm, sondern der Verklagten obliege. Er müsse daher die actio negotiorum gestorum contraria anstellen, wenn er behaupte, daß er in Folge des gedachten Resoluts gezwungen worden sei, eine eigentlich der Verklagten zukommende Verbindlichkeit zu erfüllen, oder ein Geschäft für sie zu besorgen, also nachweisen, daß die

Digitized by Google

Verklagte die eigentlich Verpflichtete sei. Dieser Nachweis sei aber dem Kläger nicht gelungen.

Auf Grund der Bestimmungen des in Schlesien noch geltenden Wege-Reglements vom 11. Januar 1767, namentlich des §. 6. desselben, sei anzunehmen, daß nicht die Gemeinde als solche, sondern vielmehr die Besitzer der adjacirenden Grundstücke zur Unterhaltung der Wege verpflichtet seien. Wenn in den §§. 6. und 7. a. a. O. von der Verpflichtung der Gemeinden, die Straßen in Stand zu setzen und zu erhalten, gesprochen werde, so sei dies nur dahin zu verstehen, daß den Gemeinden die Verpflichtung auferlegt sei, für die Unterhaltung der Straßen zu sorgen, und daß die Gemeinden dem Staate gegenüber, im öffentlichen Interesse schuldig seien, die Kosten für den Bau und die Unterhaltung der Straßen vorläufig herzugeben, daß die eigentlich und definitiv Verpflichteten aber die Besitzer der adjacirenden Grundstücke seien. Es folge dies aus der Vorschrift des §. 7. ibid., daß da, wo es zweifelhaft sei, wer zur Reparatur des Weges verbunden, die Grundherrschaften und Gemeinden „salvo jure et processu“ die Landstraße in Stand setzen und erhalten sollten, und daß, wenn ein Streit entstehe, der schadhafte Platz von der Gemeinde in Stand gesetzt werden, und selbige dafür haften müsse, hiernächst aber die Klage gehörigen Orts anzubringen sei, da dann der schuldige Theil gehalten sein solle, denen übrigen die Kosten wieder zu erstatten. Uebrigens sei auch in Nr. 5. der Anmerkungen zu dem Mauthpatente vom 22. August 1738 bemerkt, daß es eines jeden Einwohners Schuldigkeit sei, die Wege, soweit eines jeden Grund und Boden gehe, in brauchbarem Zustande zu erhalten. Hiernach sei die Abweisung des Klägers wegen mangelnder Passivlegitimation gerechtfertigt. Der Fall des §. 2. Tit. 32. Thl. I. der A. G. O. liege nicht vor, da

Digitized by Google

der klägerische Anspruch, so weit er auf Ersatz der für die Instandsetzung der Straße verwendeten Kosten gerichtet sei, durch die actio negotorium gestorum contraria zu verfolgen gewesen. Endlich sei die rechtliche Verpflichtung der Verklagten zur Abgabe eines dahin gehenden Anerkenntnisses, daß der Kläger zur Unterhaltung der qu. Straße nicht verpflichtet sei, nicht nachgewiesen und dem Regierungs-Resolute gegenüber auch von keinem Effect.

Der Kläger erhob zwar hiergegen noch die Nichtigkeits-Beschwerde, dieselbe wurde jedoch durch Erkenntniß des dritten Senates des Ober-Tribunals vom 27. Februar 1865 zurückgewiesen.

Gründe.

Der erste Angriff des Imploranten kann auf sich beruhen.

Mag man nämlich die Klage unter den Gesichtspunkt der Geschäftsbesorgungs-Klage bringen, oder nicht, immer mußte der Kläger, wie der Appellations-Richter hervorhebt, zufolge §. 5. des Gesetzes vom 11. Mai 1842 dem Regierungs-Resolute gegenüber nachweisen, daß nicht er, sondern die Verklagte die zum Wegebaue Verpflichtete gewesen sei und deshalb die Kosten zur Wegebesserung herzugeben resp. zu erstatten habe.

Den zweiten Vorwurf anlangend, so macht der Implorant zunächst geltend, daß nach den Bestimmungen des Schlesischen Wege-Reglements der Verklagten die Unterhaltung des streitigen Weges schon darum obliege, weil solcher keine Landstraße, sondern ein bloßer Communications-Weg sei. Die bezügliche Ausführung widerlegt sich jedoch dadurch, daß nach der unangefochtenen Angabe des zweiten Richters der Kläger selbst in der Appellations-Rechtfertigung angeführt hat, der fragliche Weg sei ein öffentlicher.

Digitized by Google

Ueber die Pflicht zur Unterhaltung der öffentlichen Wege verordnen nun die §§. 6. und 7. des gedachten Reglements:

daß es zunächst bei der alt hergebrachten Gewohnheit verbleiben solle, daß derjenige, welcher mit seinen Ackerstücken an die Landstraße stößt, den Theil derselben, welcher daran liegt, in Stand setzen und erhalten muß, daß indessen dies nur von den Ackerstücken verstanden werden solle, welche der Breite nach an die Landstraße anstoßen. Wäre dies aber bei dem Acker des einen oder des anderen Unterthanen der Länge nach der Fall, so müßten alle diejenigen, die in derselben Flur Acker hätten, zu der Wegebesserung und Unterhaltung concurriren, und es könnten sich in solchem Falle selbst die Dominien nicht ausschließen. (§. 6.) —

Ueberall übrigens, wo es zweifelhaft sei, wer zur Reparatur des Weges verbunden, sollten die Gutsherrschaften und Gemeinden, auf deren Grund und Boden der Weg gehe, ohne alle Ausnahme salvo jure et processu die Landstraßen in Stand setzen, und es müsse, wenn ein Streit (zwischen den Grundherrschaften und Gemeinden resp. Gemeinden und Unterthanen) entstehe, der schadhafte Platz von der Gemeinde in Stand gesetzt werden, und selbige dafür haften, hiernächst aber sei die Klage gehörigen Orts anzubringen, da dann der schuldige Theil gehalten sein solle, denen übrigen die Kosten wieder zu erstatten. (§. 7.)

Aus diesen Bestimmungen des Wege-Reglements erhellet deutlich der doppelte Charakter desselben. Es ist im Wesentlichen ein Landespolizei-Gesetz enthält aber auch privatrechtliche Vorschriften. In ersterer Beziehung legt es, dem Staate gegenüber, dessen Recht und Pflicht es ist, darauf zu sehen, daß Alles geschehe, was als Bedingung eines möglichst freien

Digitized by Google

Verkehrs erscheint, und Alles unterbleibe, was diesem Letzteren irgend hinderlich sein könnte, die Pflicht zur Unterhaltung der öffentlichen Landstraßen zunächst den Dominien und Gemeinden auf, deren Grundstücke dieselben berühren. Der Staat hält sich zunächst an diese, was noch besonders aus §. 6. a. a. O. hervorgeht, worin bestimmt ist, daß die Gutsherrschaften eigentlich für das Ganze auf ihrer Feldmark besorgt sein müßten, und daß der Schulze wieder für die ganze Gemeinde hafte. Die Gemeinde ist hiernach, soweit die Besitzer der an die Straße stoßenden Grundstücke zu ihrem Verbande gehören, im öffentlichen Interesse für die Instandsetzung der Landstraßen verhaftet, sie hat dazu vorläufig „salvo jure et processu“ (unter Vorbehalt des Regresses an die eigentlich Verpflichteten) die erforderlichen Kosten herzugeben.

In privatrechtlicher Hinsicht verordnet aber das Wege-Reglement, daß diejenigen Gutsherrn und Gemeinde-Glieder, deren Grundstücke die Straße der Breite nach berühren, nach Maaßgabe der Breite des daran stoßenden Ackerstückes, resp. die Bewohner der ganzen Feldflur, wenn die Ackerstücke der Länge nach an die Straße stoßen, zur Unterhaltung des Weges verbunden, daß mithin die Gemeinde-Glieder neben den Gutsherren die eigentlich Verpflichteten sind. Die Gemeinde-Glieder müssen also nach Verhältniß ihrer Grenzstücke der Gemeinde die für sie verauslagten Kosten ersetzen. Daher heißt es auch im §. 7. a. a. O., daß dann der schuldige Theil gehalten sein solle, denen übrigen die Kosten wieder zu erstatten. (Vergl. das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 23. Februar 1857 — Entscheidungen Bd. 35. S. 136.)

Der §. 19. a. a. O., welcher am Schlusse disponirt:

Ingleichen müssen dieselben (die Städte und Magistrate) die Landstraßen gleich denen Unterthanen auf dem ihnen zugehörigen territorio im Stande zu halten bemüht sein,

Digitized by Google

ändert hierin nichts; er will, wie aus dem Zusatze: „gleich denen Unterthanen" erhellet, bezüglich der Stadtgemeinden nichts Neues festsetzen, sondern er verordnet nur, daß diese, ebenso wie die Landgemeinden, dem Staate gegenüber zur Unterhaltung der Landstraßen, in soweit die Adjacenten zur Bürgerschaft gehören und zur vorläufigen Deckung der Kosten verpflichtet sind, beziehentlich, daß wenn die an die Landstraße stoßenden Grundstücke Kämmereigüter sind, die städtische Commune, als Adjacentin, definitiv unterhaltungspflichtig ist.

Da der legislatorische Grund, weshalb den Gemeinden neben den Dominien die Pflicht zur Unterhaltung der Landstraßen und zur vorschußweisen Zahlung der dazu erforderlichen Kosten auferlegt worden, unverkennbar in dem Interesse für das Gemeinwohl zu finden ist, so gebührt auch nur der zuständigen Verwaltungsbehörde, als Organ der Landespolizei das Recht, sich wegen der Instandsetzung der Straßen an die Gemeinden zu halten. Eine Privatperson, die, wie im gegenwärtigen Falle, angeblich zu Unrecht zum Wegebaue herangezogen worden ist, kann die Erstattung der von ihr aufgewendeten Kosten nur von den wirklich und definitiv verpflichteten Adjacenten, als den eigentlich Belasteten, denen allein er durch die Kosten-Verauslagung einen Vortheil verschafft hat, fordern. Es kann der Gemeinde nicht zugemuthet werden, auch einer Privatperson gegenüber die Wegebaukosten vorschußweise zu zahlen und dann ihrer Seits wieder von den einzelnen beitragspflichtigen Besitzern nachträglich im Administrativ- oder Rechtswege einzuziehen.

Vollkommen einflußlos ist hierbei, daß die Verklagte durch die Behauptung ihrer Nichtverpflichtung zum Baue der Straße, wie der Implorant hervorhebt, das Regierungs-Resolut extrahirt hat. Es alterirt dieser Umstand das zwischen dem Kläger

Digitized by Google

und den eigentlich Verpflichteten bestehende Rechtsverhältniß nicht im Mindesten und giebt ihm nicht die Befugniß, sich an die Verklagte zu halten.

Wenn Implorant ferner für den Fall, daß in der Bezugnahme des Appellations-Richters auf Nr. 5. der Anmerkungen zu dem Kaiserlichen Mauthpatente vom 22. August 1738 ein selbstständiger Entscheidungsgrund gefunden werden sollte, die Verletzung des allegirten Satzes:

> es ist eines jeden Landes Einwohners Schuldigkeit, die über seinen Grund und Boden gehenden Brücken und Straßen zu unterhalten;" —

durch falsche Anwendung rügt, so erledigt sich dieser Punkt dadurch, daß der Appellations-Richter, wie aus den Einleitungs-Worten des betreffenden Passus seines Urtels: „im Uebrigen" — sich ergiebt, jenen Satz nur zur beiläufigen Unterstützung der von ihm aus den Vorschriften des Schlesischen Wege-Reglements gezogenen Folgerungen citirt, aus ihm aber durchaus keinen für sich bestehenden Entscheidungsgrund hergenommen hat.

Wenn endlich dem Appellations-Richter vorgeworfen wird, er habe den §. 2. Tit. 32. Thl. I. der A. G. O. verletzt, weil er denselben für nicht anwendbar erklärt, so kann sich dieser Vorwurf nur auf den ersten Theil des Klageantrages beziehen, nämlich darauf, daß die Verklagte verurtheilt werde, anzuerkennen, daß der Kläger zur Unterhaltung des qu. Weges nicht verpflichtet sei.

Dieser Angriff ist jedoch ebenfalls hinfällig. Die dem Diffamaten durch die Vorschrift des §. 2. a. a. O. ertheilte Befugniß, im Wege der actio negatoria gegen den Diffamanten die Unrichtigkeit und Ungültigkeit des behaupteten Anspruchs rechtlich auszuführen, setzt voraus, daß sich Jemand

Digitized by Google

in Bezug auf eine Sache oder ein Recht eines Anderen gewisser Ansprüche berühme, die dieser nicht anerkennen will (§. 1. Nr. 1. a. a. O.). In dem vorliegenden Falle hat aber die Verklagte sich keines Rechts oder Anspruches an des Klägers Vermögen berühmt, sondern nur ihre Nichtverpflichtung zum Wegebaue behauptet und dadurch das Regierungs-Resolut veranlaßt. Ein solches bloßes Ableugnen einer Verbindlichkeit genügt zur Begründung der Diffamations-, resp. negatorischen Klage nicht, weil dieses eben kein Berühmen eines Anspruches an das Vermögen des Klägers in sich schließt.

Da hiernach sämmtliche Angriffe des Imploranten unbegründet sind, so mußte die Nichtigkeits-Beschwerde, wie geschehen, zurückgewiesen werden.

Nachtrag.

Noch bevor der Abdruck der vorstehenden Entscheidung bewirkt werden konnte, gelangte beim dritten Senate des Ober-Tribunals eine ähnliche Sache zur Entscheidung, in welcher dieselben Grundsätze angenommen wurden.

Der Mühlenmeister W. . zu Klein M. . war durch ein Resolut der Polizei-Behörde zum Bau einer in dortiger Feldmark gelegenen Brücke angehalten worden und hatte deshalb den Rechtsweg gegen die Gemeinde Klein M. mit dem Antrage beschritten, daß dieselbe zur Instandhaltung der Brücke, sowie zur Erstattung der darauf verwendeten Kosten für schuldig erachtet werde. In den beiden früheren Instanzen war auch durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Trebnitz vom 27. September 1864 und des Appellations-Gerichts zu Breslau vom 23. Februar 1865 eine Ver-

Digitized by Google

urtheilung der verklagten Gemeinde nach dem Klageantrage erfolgt, indem der Appellations-Richter bloß aus dem Umstande:

daß der Weg nebst Brücke geständlich auf Klein M...er Terrain liege,

nach den Vorschriften des Wege-Reglements vom 11. Januar 1767 die Verpflichtung der verklagten Gemeinde zur Unterhaltung der Brücke entnommen und dabei erklärt hatte:

es sei gleichgültig, wie es mit der Adjacenz der einzelnen Gemeindeglieder stehe. Das Adjacenz-Verhältniß sei nur für das Innere der Gemeinde von Bedeutung, während nach Außen jedem Dritten gegenüber die Gemeinde hafte.

Auf die von der Verklagten eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 15. September 1865 das Appellations-Erkenntniß vernichtet und in der Sache selbst den Kläger mit seiner gegen die verklagte Gemeinde gerichteten Klage abgewiesen.

In Uebereinstimmung mit der früheren Entscheidung wurde ausgeführt:

daß nach den Bestimmungen des schlesischen Wege-Reglements vom 11. Januar 1767 die Gemeinde zwar, soweit die Besitzer der an die Straße stoßenden Grundstücke zu ihrem Verbande gehören, im öffentlichen Interesse für die Instandhaltung der Landstraßen zu sorgen habe und daß der Staat sich deshalb an sie halte, daß diese ihr obliegende Verpflichtung jedoch nur eine vorläufige sei salvo jure et processu, d. h. unter Vorbehalt des Regresses gegen die eigentlich verpflichteten Adjacenten und daß eine Privatperson, die angeblich mit Unrecht zum Wegebau herangezogen worden, die Erstattung nur von den wirklich und definitiv dazu verpflichteten Adjacenten verlangen könne.

Digitized by Google

Dabei wurde noch geltend gemacht:

Dafür spreche auch der §. 5. des Gesetzes vom 11. Mai 1842 über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen. Hiernach sei demjenigen, welchem durch eine polizeiliche Verfügung eine Verpflichtung aufgelegt worden, von welcher er behaupte, daß sie ganz oder theilweise einem Anderen obliege, der Rechtsweg zur Feststellung der Rechte unter den Betheiligten gestattet. Der Richter solle also unter den Betheiligten, d. h. zwischen demjenigen, welchem die Polizei-Behörde die Verpflichtung aufgelegt hat, und demjenigen, welchen dieser für den eigentlich Verpflichteten hält, entscheiden und es könne nicht gestattet werden, daß Kläger, um sich von der ihm durch die Polizei-Behörde aufgelegten Verpflichtung zu befreien, eine Gemeinde auf Grund von gesetzlichen Bestimmungen in Anspruch nehme, nach welchen sie nur vorläufig, mit Vorbehalt ihres Regresses gegen die eigentlich Verpflichteten, dem Staate gegenüber dafür zu sorgen habe, daß die Landstraßen in Ordnung gehalten werden.

№ 51.

Schlesien. Deichbaulast.

1. In wiefern sind provinzialrechtliche Bestimmungen, welche sich auf das Rechtsverhältniß in Betreff der zu keinem Deichverbande gehörenden Deiche beziehen, durch das Gesetz über das Deichwesen vom 28. Januar 1848 aufgehoben?

Gesetz über das Deichwesen vom 28. Januar 1848 (Ges.-Samml. S. 54.) §. 28.

Digitized by Google

2. Ueber die Verpflichtung der Eigenthümer der Haupt-Oder-Deiche in Schlesien zu deren Unterhaltung.

Ufer-, Ward- und Hegungs-Ordnung für das Herzogthum Schlesien und die Grafschaft Glatz vom 12. September 1763 §. XIX. (Korn's Samml. Bd. 7. S. 412. ff.)

Publicandum vom 27. Juni 1832.

Allerh. Cabinets-Ordres vom 24. April und 22. Juni 1830 (v. Kamptz Annalen Bd. 16. S. 481.)

Die Niederung, welche sich an der linken Seite der Oder von dem Dorfe Kusser bei Deutsch-Wartenberg bis zu dem weißen Berge an der Oder erstreckt, wird in ihrem oberen Theile durch den sogenannten Kusser-Moderitzer Deich, geschützt, welcher Eigenthum des Domainen- und Forstfiscus und von diesem auch bisher allein unterhalten worden ist. Die fortgesetzten Bemühungen des Fiscus, die Errichtung eines Deichverbandes zur Einwallung dieser Niederung herbeizuführen, haben bisher bei dem Widerspruche fast sämmtlicher anderer betheiligten Grundbesitzer keinen Erfolg gehabt, welche insbesondere zum Schutze der Niederung nicht Weiteres für erforderlich erachteten, wenn der Fiscus den gedachten Deich auch ferner unterhalte, und außerdem das am Ende desselben befindliche Wasserloch, das s. g. Brunke-Loch, dessen Ufer in Folge von Ueberschwemmungen fortgerissen worden sind, wiederum gegen den Fluß absperre. Hierzu hielten die widersprechenden Grundbesitzer den Fiscus auch für verpflichtet und trugen demgemäß bei der Königlichen General-Commission zu Breslau, bei welcher mehrere Verfahren in Betreff der der Inundation ausgesetzten Grundstücke schwebten, klagend darauf an, den Fiscus zu verurtheilen:

Digitized by Google

1. den ſ. g. Kuſſer-Moderitzer Deich auch fernerhin zu unterhalten,
2. das ſ. g. Brunke-Loch, in näher angegebener Art, zu ſchließen.

Durch die gleichlautenden Erkenntniſſe der General-Commiſſion zu Breslau vom 23. April 1862 und des Reviſions-Collegiums für Landes-Cultur-Sachen vom 15. Januar 1864 wurden die Kläger mit beiden Anträgen abgewieſen.

Die von ihnen dagegen eingelegte Nichtigkeits-Beſchwerde, ſoweit ſie den zweiten Antrag betrifft, iſt zurückgewieſen, und kommt hier nicht weiter in Betracht.

Was aber den erſten Klageantrag anbetrifft, ſo hatten die Kläger denſelben, außer auf Anerkenntniß und Verjährung, auch darauf gegründet, daß nach ſchleſiſchem Provinzialrechte die Eigenthümer von Haupt-Oderdeichen dieſelben allein zu unterhalten verpflichtet ſeien. Dieſes Fundament war von dem zweiten Richter verworfen worden, weil die behauptete provinzialrechtliche Verpflichtung des Verklagten durch das Geſetz über das Deichweſen vom 28. Januar 1848 für aufgehoben zu erachten.

Der zweite Senat des Ober-Tribunals hat die hiergegen gerichtete Nichtigkeits-Beſchwerde durch ſein Urtel vom 12. Januar 1865 für erheblich erachtet, in der Sache ſelbſt aber das angefochtene Erkenntniß in Betreff des erſten Klageantrages aufrecht erhalten, und zwar aus folgenden

Gründen.

Das Geſetz über das Deichweſen vom 28. Januar 1848 iſt nach ſeinem Eingange deshalb erlaſſen worden, weil

„die beſtehenden Geſetze über das Deichweſen ſich als unzureichend erwieſen“

hatten. Nach den Marginalien zerfällt daſſelbe in drei Abſchnitte. Der erſte unter dem Marginal: „Deiche, die

Digitized by Google

zu keinem Deichverbande gehören" enthält zuvörderst in den §§. 1. bis 3. Vorschriften über die Neuanlegung, Verlegung, Erhöhung, und die ganze oder theilweise Zerstörung von Deichen oder ähnlichen Erhöhungen der Erdoberfläche, indem für die Vornahme solcher Veränderungen der Erdoberfläche die Einholung der ausdrücklichen Genehmigung der Regierung vorgeschrieben wird, und Bestimmungen darüber gegeben werden, wie die Regierung sich auf Veranlassung eines darauf gerichteten Gesuchs zu verhalten, resp. wann dieselbe die Genehmigung zu versagen habe. Die übrigen Paragraphen dieses Abschnitts beziehen sich sämmtlich auf den Fall, in welchem

ein schon vorhandener, zum Schutz der Ländereien mehrerer Besitzer dienender Deich ganz oder zum Theil verfallen, oder durch Naturgewalt zerstört ist.

In diesem Fall kann die Regierung fordern, daß der Deich nach ihrer Anweisung bis zu seiner früheren Höhe und Stärke wiederhergestellt werde, und ist berechtigt, die zur Sicherung der Erhaltung der Deiche in dieser Art erforderlichen Maaßregeln vorzuschreiben. — §. 4. — Dieselbe ist ferner nach §. 5. ermächtigt, diejenigen, welche den Deich zu erhalten oder wiederherzustellen verpflichtet sind, hierzu durch Execution anzuhalten. Für den Fall nun, daß es ungewiß oder streitig ist, wer der Verpflichtete ist, kann nach §. 6. die Regierung interimistisch die Leistungen von demjenigen, welcher den Deich bisher unterhalten hat, und, wenn auch dieser nicht zu ermitteln oder nicht leistungsfähig ist, von den Besitzern der durch den Deich geschützten Grundstücke, eventuell von sämmtlichen Grundbesitzern der Ortschaften, wo der Deich belegen, fordern. Der §. 7. bestimmt, daß in dem Falle des §. 6. die Regierung durch ein Resolut, gegen welches der Recurs an das Finanz-Ministerium zulässig ist,

Digitized by Google

festzusetzen habe, wer die Baulast interimistisch zu tragen habe und wie die Beiträge zu vertheilen seien.

Der folgende §. 8. aber lautet:

Den zur Unterhaltung oder Wiederherstellung eines Deiches interimistisch Herangezogenen bleibt vorbehalten, ihre Ansprüche auf Erstattung ihrer Beiträge oder des Werths ihrer Leistungen im Rechtswege gegen die eigentlich Verpflichteten geltend zu machen.

Der §. 9. stellt die von der Regierung ausgeschriebenen Beiträge und Leistungen den öffentlichen Lasten gleich, und bestimmt dann der den ersten Abschnitt abschließende §. 10.:

In denjenigen Fällen, in welchen eine interimistische Regulirung der Baulast hat erfolgen müssen, (§§. 6. und 7.) liegt der Regierung ob, zur Regulirung der künftigen Leistungen durch Bildung eines Deichverbandes (§§. 11. ff.) auch ohne Antrag der Betheiligten die erforderliche Einleitung zu treffen.

Zeigt sich bei näherer Erörterung die Bildung eines Deichverbandes nicht als erforderlich, so ist die Regierung die fernere Erhaltung des Deiches zu verlangen nicht mehr befugt. Die Betheiligten sind

von dieser Lage der Sache in Kenntniß zu setzen.

Der Einleitung zu einem Deichverbande bedarf es nicht, wenn durch Anerkenntniß oder im Rechtswege ein Verpflichteter ermittelt und derselbe leistungsfähig ist.

Der zweite Abschnitt hat das Marginal: „Deichverbände", und enthält in den §§. 11—23. die Vorschriften über die Bildung von Deichverbänden, zu welchen nach dem §. 11. die Besitzer sämmtlicher, der Ueberschwemmung ausgesetzten Grundstücke nach erfolgter Anhörung unter landesherrlicher Genehmigung vereinigt werden sollen, wenn es zur Abwendung gemeiner Gefahr, oder zur erheblichen Förderung der Landes-

Digitized by Google

cultur erforderlich ist, Deiche und dazu gehörige Sicherungs- und Meliorationswerke anzulegen, zu erweitern, oder zu unterhalten.

Der dritte Abschnitt endlich unter dem Marginal: „Gemeinsame Bestimmungen", welcher mit dem §. 24. beginnt, schließt so, wie das ganze Gesetz mit dem §. 28., welcher lautet:

> Alle von dem gegenwärtigen Gesetze abweichenden Bestimmungen der allgemeinen Landesgesetze, oder der für einzelne Landestheile bestehenden Verordnungen, namentlich die §§. 63—65. Tit. 15. Thl. II. des Allg. Landrechts werden hierdurch aufgehoben.

Es sind nun durch diesen Paragraphen allerdings die die Deiche betreffenden früheren Gesetze, und zwar eben so, wie die allgemeinen Gesetze, auch die für einzelne Landestheile bestehenden Verordnungen aufgehoben, jedoch nur insoweit, als sie Bestimmungen, welche von denen des Gesetzes vom 28. Januar 1848 abweichen, enthalten. Sollte hiernach angenommen werden, daß eine provinzialrechtliche Bestimmung, vermöge deren der Eigenthümer eines Hauptdeiches, eines öffentlichen Stroms oder eines sonstigen die Grundstücke mehrerer Besitzer schützenden Deichs denselben zu erhalten verpflichtet war, durch das gedachte Gesetz aufgehoben worden, so würde dieses nur durch den Nachweis gerechtfertigt werden können, daß letzteres Bestimmungen enthält, mit denen das Fortbestehen einer solchen Verpflichtung nicht zu vereinen ist. Ein solcher Nachweis ist aber nicht zu führen. Der Gegenstand der beiden ersten Abschnitte des Gesetzes vom 28. Januar 1848 ist ein wesentlich verschiedener. Der erste bezieht sich auf Deiche, die zu keinem Deichverbande gehören, und bezweckt der Regierung Rücksichts der Anlage neuer Deiche,

Digitized by Google

der mit solchen vorzunehmenden Veränderungen, und des Einschreitens bei dem Verfallen oder der Zerstörung der Dämme der gedachten Art gewisse Befugnisse zu ertheilen. Der zweite Abschnitt dagegen hat die Schaffung neuer Verhältnisse, der Deichverbände, zum Gegenstand. Für die vorliegende Frage kommt, da der in Rede stehende Deich zu keinem Deichverbande gehört, zunächst nur der erste Abschnitt in Betracht, und zwar insbesondere die §§. 4. bis 10., welche die Befugnisse der Regierung resp. das bei Ausübung derselben von ihr zu beobachtende Verfahren in dem Falle betreffen, in welchem ein schon vorhandener, zum Schutz der Ländereien mehrerer Besitzer dienender Deich ganz oder theilweise verfallen, oder durch Naturgewalt zerstört ist. In einem solchen Falle ertheilt der §. 5. der Regierung die Befugniß, diejenigen, welche den Damm zu erhalten oder wiederherzustellen verpflichtet sind, dazu durch Execution anzuhalten, ganz allgemein, ohne irgend einen Unterschied zu machen, worauf die Verpflichtung beruht, ob auf einem, einem Andern zustehenden, speciellen Titel, oder auf einer gesetzlichen Bestimmung. In gleicher Weise ist für den Fall, in dem, weil es ungewiß oder streitig ist, wer der Verpflichtete ist, die Regierung nach dem §. 6. durch ein Resolut über die interimistische Tragung der Baulast entschieden hat, den interimistisch Herangezogenen vorbehalten, ihre Ansprüche auf Erstattung ihrer Beiträge oder des Werthes ihrer Leistungen im Rechtswege gegen die eigentlich Verpflichteten geltend zu machen, ohne daß irgend ein Unterschied gemacht wäre, woraus sie die Verpflichtung herzuleiten im Stande sind. Nichts deutet darauf hin, daß es bei den Vorschriften des ersten Abschnitts, die nur die Feststellung von Befugnissen der Regierung und Regelung ihres Verfahrens dabei im Auge

Digitized by Google

haben, zugleich die Absicht gewesen wäre, in den Rechten und Pflichten der Privaten eine Aenderung eintreten zu lassen, und insbesondere den, welcher provinzialrechtlich zur Erhaltung eines Deiches verpflichtet war, davon zu entbinden.

Eine solche Absicht kann auch nicht aus dem §. 23. des zweiten Abschnitts gefolgert werden, nach welchem die bei Publication des Gesetzes vorhandenen Deich-Ordnungen und Statute zwar in Kraft bleiben, aber, sofern es erforderlich erscheint, einer Revision sollen unterworfen werden können. Es liegt daher auch kein Grund zur Annahme vor, daß die Anwendung des dritten Alinea des §. 10. ausgeschlossen sein sollte, wenn ein nur durch ein Provinzialgesetz zur Unterhaltung des Deichs Verpflichteter ermittelt worden.

Mit Rücksicht darauf aber, daß in dem §. 28. die Bestimmungen der §§. 63—65. Tit. 15. Thl. II. A. L. R. ganz allgemein aufgehoben sind, könnte es sich noch fragen, ob nicht aus dieser Aufhebung die Absicht des Gesetzes, auch die Verpflichtung zur Erhaltung von Deichen, wo dieselbe provinzialrechtlich bestanden, aufzuheben, hergeleitet werden könne. Aber auch dieses muß verneint werden. Die gedachten Vorschriften des Allg. Landrechts lauten:

§. 63. Ordinaire Befestigungen der Ufer, imgleichen Dämme, wodurch nur die zunächst daran stoßenden Felder gegen Ueberschwemmungen gedeckt werden sollen, müssen der Regel nach von den Eigenthümern der Ufer unterhalten werden.

§. 64. Zur Anlegung und Unterhaltung von Hauptdämmen, die einer ganzen Gegend zum Schutz gegen die Ueberschwemmungen dienen sollen, müssen die Eigenthümer sämmtlicher dadurch geschützter Grundstücke beitragen.

§. 65. Die Art und das Maaß des Beitrags ist nach den

Digitized by Google

vorhandenen Verträgen oder Damm- und Ufer-Ordnungen; in deren Ermangelung aber nach dem Verhältnisse des drohenden Schadens, welcher durch den Damm abgewendet wird, zu bestimmen.

Ueber den Grund der Aufhebung dieser Bestimmungen geben aber die in Lette und v. Rönne Landescultur-Gesetzgebung Bd. II. Abth. 2. S. 672—680. abgedruckten Motive, welche dem, den Provinzialständen vorgelegten Entwurfe zum Deichgesetz beigefügt gewesen, Aufschluß. Hiernach ist aus geognostischen Gründen angenommen worden, daß Dämme, durch welche nur die zunächst daran stoßenden Felder gegen Ueberschwemmung gedeckt würden, wie der §. 63. solche voraussetze, gar nicht existirten; den §§. 64. und 65. wurde aber, namentlich für eine Entscheidung im Rechtswege, practische Bedeutung abgesprochen. Hieraus aber ergiebt sich, daß es nicht in der Absicht gelegen haben kann, durch die Aufhebung dieser Bestimmungen zugleich in provinzialrechtlich fest geordnete Verhältnisse in Betreff der Erhaltung der Deiche einzugreifen.

Die hiernach sich rechtfertigende Annahme, daß durch das Gesetz vom 28. Januar 1848 in Betreff der zu keinem Deichverbande gehörenden Deiche die provinzialrechtlich begründete Verpflichtung zur Unterhaltung derselben, wo solche vorhanden, nicht aufgehoben worden ist, findet auch in den Materialien zu dem gedachten Gesetze, welche in den eingesehenen Acten des Staatsraths enthalten sind, keine Widerlegung. Vielmehr ergeben diese, daß bei der eingehenden und vielseitigen Prüfung der vorgelegten Gesetzesentwürfe, des ursprünglichen und des nach Anhörung der Provinzialstände umgearbeiteten Entwurfs, sowohl Seitens der Abtheilungen als des Plenums des Staatsraths und in den darüber stattgehabten Berathungen stets davon ausgegangen ist, daß durch das neue Gesetz

Digitized by Google

in dem bestehenden Rechtsverhältnisse in Betreff der nicht zu einem Deichverbande gehörenden Deiche in keiner Weise etwas hat geändert werden sollen. Von dem Vorhandensein provinzialrechtlicher Bestimmungen ist dabei allerdings nicht die Rede gewesen; dieses erklärt sich aber dadurch, daß die Verwaltung, wie aus den Motiven des Gesetzentwurfs hervorgeht, angenommen hatte, daß es an provinzialrechtlichen Bestimmungen fehle, hiergegen auch die Provinzialstände nichts erinnert hatten; Betreffs der Provinz Schlesien insbesondere ist in jenen Motiven davon ausgegangen, einerseits, daß die Besitzer der verwallten Niederungen in keinem Societätsverbande ständen, andrerseits, daß die Unterhaltung der Deiche gewöhnlich ohne genügend gesicherte rechtliche Verpflichtung durch die Uferbesitzer erfolge und es sind darnach die Bestimmungen der §§. 12. unter b. und 17. des Gesetzes, welchen die §§. 9. unter b. und 14. des Entwurfs zum Grunde liegen, in besondere Beziehung zu den Verhältnissen in der Provinz Schlesien zu setzen. Bestände nun aber in der That eine provinzialrechtliche Bestimmung, welche den Anspruch der Kläger rechtfertigte, so würde daraus, daß bei Emanation des Deichgesetzes von dem Nichtvorhandensein einer solchen Bestimmung ausgegangen worden, deren Aufhebung nicht herzuleiten sein, da sie mit keiner Bestimmung des Gesetzes im Widerspruche stehet, und daher auch der §. 28. desselben keine Anwendung auf sie findet.

Hat nun aber der Appellationsrichter, das frühere Bestehen der fraglichen provinzialrechtlichen Bestimmung nicht in Zweifel ziehend, den von den Klägern auf dieselbe gestützten Anspruch lediglich aus dem Grunde zurückgewiesen, weil er sie durch das Deichgesetz vom 28. Januar 1848 für aufgehoben erachtet, so mußte nach dem Obigen der denselben ge-

Digitized by Google

machte Vorwurf einer Verletzung der §§. 28. 5. 10. dieses Gesetzes gerechtfertigt erscheinen, und es tritt daher freie Beurtheilung ein.

Der Antrag der Kläger ist in der Klage dahin gerichtet, den Verklagten zur ferneren Erhaltung des Kusser-Moderitzer Deichs zu verurtheilen. Der hierdurch geltend gemachte Anspruch der Kläger ist aber, wie die Verhandlungen und der Antrag in der Appellations-Rechtfertigung ergeben, in der That ein zwiefacher.

Um die Herstellung eines Deichverbandes für den gedachten Deich abzuwenden, und zugleich sich dessen ferneres Bestehen zu sichern, verlangen Kläger, daß der Verklagte die Kosten der Unterhaltung des in Rede stehenden Deichs allein trage, und daß er denselben nicht eingehen lasse resp. beseitige.

Insofern nun die Kläger diese Ansprüche auf eine, dem Verklagten provinzialrechtlich obliegende Verpflichtung gründen, kann es dahingestellt bleiben, ob der §. XIX. *) der Ufer-, Ward- und Hegungs-Ordnung für das Herzogthum Schlesien und die Grafschaft Glatz vom 12. September 1763 geeignet erscheint, das Vorhandensein einer provinzialrechtlichen

*) Dieser Paragraph bestimmt:
Ob wir gleich ferner Willens sind, wegen guter Einrichtung und Eintheilung der Dämme eine besondere Deich-Schau-Ordnung publiciren zu lassen, so wollen wir doch schon jetzo wegen der Hauptdämme an der Oder vorläufig hierdurch festsetzen, und befehlen demnach allen Magistraten und Jurisdictionen, welche einen Damm an der Oder mit erhalten müssen, auf den Fall, wenn in einem Damme ein Durchriß entsteht, ehe und bevor die Restitution des Dammes von dem Eigenthümer vorgenommen wird, Unserer Kriegs- und Domainen-Kammer Nachricht zu geben, welche alsdann einen Wasserbau-Bedienten befehligen wird, diesen geschehenen Dammbruch zu untersuchen, und die beste Art und Weise von der Anlage der neueren Strecke Dammes anzuordnen, damit nicht ꝛc.

Digitized by Google

Bestimmung für Schlesien nachzuweisen, nach welcher es definitiv dem Eigenthümer eines Hauptdammes an der Oder als eine Pflicht auferlegt war, denselben, und zwar auf alleinige Kosten zu erhalten. Diese Frage erledigt sich durch das in die betreffenden Amtsblätter, insbesondere in das der Regierung zu Liegnitz vom Jahre 1832 Nr. 27. eingerückte Publicandum des Ober-Präsidenten der Provinz Schlesien vom 27. Juni 1832. Dasselbe lautet:

Bei dem Mangel eines regelmäßigen Deichbausystems in der Provinz Schlesien hat die Verpflichtung zur Unterhaltung der Haupt-Oder-Dämme und Deiche provinzialrechtlich bisher den einzelnen Grundeigenthümern, in deren Grenze diese Dämme befindlich sind, ausschließlich obgelegen. Die Erfahrung hat aber vornämlich in den letzten Jahren gelehrt, daß besonders, wenn von Herstellung bedeutenderer Beschädigungen der Deiche die Rede ist, die Kosten derselben die Kräfte der Einzelnen in vielen Fällen weit übersteigen, was denn zur Folge gehabt hat, daß entweder, und zum Nachtheil des betreffenden Landestheils, die Herstellung der Deiche nur mangelhaft bewirkt ist, oder die zuweilen verweigerte Hülfe der Nachbarn und Kreiseingesessenen hat in Anspruch genommen werden müssen.

In Berücksichtigung dieser Umstände, und in Erwägung, daß die tüchtige Herstellung der Deiche in dem dringenden eigenen, wohlverstandenen Interesse sämmtlicher durch die Deiche geschützten Grundbesitzer liegt, haben des Königs Majestät auf den Antrag des Königlichen Ministeriums des Innern mittelst Allerhöchster Cabinets-Ordres vom 24. April und 22. Juni 1830 zu bestimmen geruht, daß einstweilen und bis durch die bereits vorbereitete Deichordnung für Schlesien etwa ein anderer Rechtszustand begründet sein wird, den Grundsätzen des Allg. Landrechts

Digitized by Google

zu §§. 64. 65. Tit. 15. Thl. II. entsprechend, die Grundeigenthümer der durch Ueberschwemmung beschädigter oder weggerissener Haupt-Oder-Dämme zu deren Wiederherstellung in der Regel nur die Hälfte, und bei nachzuweisendem Unvermögen ein Drittel der Kosten beizutragen haben, die andere Hälfte resp. zwei Drittel der Kosten aber von den übrigen in der Fundations-Fläche liegenden, also durch die Deiche vor Ueberschwemmungen gesicherten Grundeigenthümern nach dem Verhältniß des drohenden Schadens aufgebracht werden sollen.

Den Bestimmungen des Königlichen Ministeriums des Innern für Handel und Gewerbe gemäß wird diese Allerhöchste Verordnung hierdurch zur öffentlichen Kenntniß gebracht.

Daß den hierdurch veröffentlichten Bestimmungen der Allerh. Cabinets-Ordres vom 24. April und 22. Juni 1830 nach den zur Zeit der Veröffentlichung bestandenen Normen Gesetzeskraft beizulegen, wie der erste Richter angenommen, kann nach den Verordnungen vom 27. October 1810, 28. März 1811 und 14. Januar 1813 und der Allerh. Cabinets-Ordre vom 24. Juli 1826 nicht zweifelhaft sein. Durch dieselben ist nun zwar anerkannt, daß in der Provinz Schlesien bis dahin die Verpflichtung der Grundeigenthümer zur ausschließlichen Unterhaltung der innerhalb ihrer Grenzen belegenen Haupt-Oder-Deiche provinzialrechtlich bestanden; zugleich ist aber durch sie diese Verpflichtung als eine nur bei dem Mangel eines regelmäßigen Deichbausystems bestandene charakterisirt, und abgeändert. Beziehen sich diese Veränderungen auch nur auf die Kosten der Wiederherstellung im Fall der Beschädigung oder Wegreißung durch Ueberschwemmungen, so ist doch durch jene Bestimmungen jedenfalls die frühere Verpflichtung zur ausschießlichen Unterhaltung aufgehoben, und

Digitized by Google

zwar definitiv; denn sind dieselben auch nur als einstweilen und bis zur Emanation einer Deichordnung für Schlesien gültige, gegeben worden, so kann doch daraus, daß das Gesetz vom 28. Januar 1848 keine Bestimmungen in Betreff der in Rede stehenden Haupt-Oderdämme enthält, und nach diesem Gesetz, welches nur statutarische Bestimmungen für die in Gemäßheit desselben zu errichtende Deichverbände in Aussicht stellt, eine Deichordnung für die Provinz Schlesien nicht mehr zu gewärtigen ist, nicht gefolgert werden, daß die provinzialrechtliche Verpflichtung wiederum in ihrem ursprünglichen Umfange und als eine definitive in Kraft getreten sei. Hiernach aber erscheint die Abweisung des klägerischen Antrags gerechtfertigt, insofern derselbe darauf gerichtet ist, den Verklagten zu verurtheilen, daß er allein die Kosten der Erhaltung, also nicht blos der gewöhnlichen Unterhaltung, sondern auch der durch Ueberschwemmungen nothwendig werdenden Wiederherstellung des Deichs qu. trage. Was aber die zwischen den Parteien streitige Frage betrifft, ob Verklagter berechtigt sei, den in Rede stehenden Deich zu beseitigen, so kann den Klägern zugegeben werden, daß provinzialrechtlich der Verklagte den Deich auch in dem Sinne, daß er ihn nicht beseitigen durfte, zu erhalten verpflichtet war, und daß diese Verpflichtung durch die oben gedachten Allerhöchsten Cabinets-Ordres keine Veränderung erlitten hat, daraus aber folgt noch nicht, daß Kläger aus einem gesetzlichen Titel von dem Verklagten den Fortbestand des fraglichen Deichs zu verlangen berechtigt wären. Gegen die Ueberschwemmung durch das Meer und die Ströme haben in Deutschland die dadurch bedrohten Anwohner schon seit dem Mittelalter durch Anlegung von Deichen sich zu schützen gesucht, und wegen der Gemeinschaftlichkeit der Gefahr und wegen der Kostspieligkeit

Digitized by Google

der Anlage für diese und für die Erhaltung der Deiche Verbände sich gebildet. Diese hatten ursprünglich einen privatrechtlichen Charakter, sowie überhaupt das Recht, sein Land durch Anlegung von Deichen gegen Ueberschwemmungen zu schützen, als ein Ausfluß aus dem Eigenthume erachtet wurde. (Jod. Hackmann de jure aggerum. Stade 1690 Cap. V. Nr. 18. seq. Cap. VIII. Nr. 90. seq.). Mit der Ausbildung der Lehre von der Staatsgewalt aber bildete sich bei der Wichtigkeit, welche die Deiche gegen die Ueberschwemmungen durch das Meer und die Ströme für das allgemeine Wohl haben, auch die Lehre von einem dem Landesherrn in Betreff derselben, ihrer Anlegung, Erhaltung und Veränderung zustehenden Rechte, welches die älteren Germanisten als ein Regal bezeichnen, die neueren aber als Ausfluß eines Wasserhoheitsrechts, resp. eines dem Staate zustehenden Aufsichts- oder Landespolizei-Rechts anerkennen.

Jod. Hackmann a. a. O. Cap. V. Nr. 101. Cap. VII. Nr. 13.
Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. §. 269.
Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privat-Rechts. §. 225.
Walter, System des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 161.
Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts Bd. 3. S. 192.
Gerber, deutsches Privatrecht §. 60. Note 2.

von welchen der Letztere sogar das erst von Runde in das deutsche Privatrecht eingeführte s. g. Deichrecht wegen seiner publicistischen Natur, indem er die Deichlast nur für eine polizeiliche Unterthanenlast erachtet, wiederum aus jenem ausgewiesen haben will.

Es erhellet nun in keiner Weise, wodurch die von den Klägern geltend gemachte provinzialrechtliche Verpflichtung der

Digitized by Google

Eigenthümer der Haupt-Oderdämme zu deren Erhaltung begründet worden. Indessen liegt kein Grund für die Annahme vor, daß diese Verpflichtung der Eigenthümer als eine Einschränkung ihrer Disposition zu Gunsten bestimmter Personen, oder wenigstens der Besitzer solcher Grundstücke, welche durch die Dämme gleichfalls gegen Ueberschwemmung geschützt werden, auferlegt worden wäre. Insbesondere läßt sich dafür nichts aus den Bestimmungen der Verordnung vom 12. September 1763 herleiten, da sie selbst eine Vorschrift über jene Verpflichtung nicht enthält, sondern diese im §. XIX. als schon feststehend voraussetzt und überhaupt auch nur strompolizeilichen Charakters ist.

Fehlt es aber an einem Grunde für jene Annahme, so läßt die Auferlegung der gedachten Verpflichtung sich nur für einen Ausfluß des nach dem Obigen dem Landesherrn zustehenden Rechts, in Betreff der Eindeichung der Ströme das Landes-Polizei- und Cultur-Interesse wahrzunehmen, erachten. In wiefern in diesem Interesse die Erhaltung eines bestimmten Deichs erforderlich, oder dessen Beseitigung mit oder ohne Errichtung eines anderen angemessen, kann nicht Gegenstand eines Rechtsstreites zwischen Privaten sein. — Walter a. a. O. Einen gesetzlichen Titel zu einem privatrechtlichen Anspruch gegen den Eigenthümer des Deichs auf Erhaltung desselben aber können die Kläger aus einer solchen Verpflichtung des Eigenthümers nicht herleiten, und beseitigt sich hierdurch die Klage auch in der hier erörterten Beziehung, da darüber, daß der in Rede stehende Deich ein Haupt-Oder-Damm in dem Sinne des Schlesischen Provinzial-Rechts ist, zwischen den Parteien auch in zweiter Instanz kein Streit obgewaltet hat, und Kläger überhaupt nur unter dieser Voraussetzung sich auf eine dem Verklagten provinzialrechtlich obliegende Verpflichtung zu berufen vermocht haben.

Digitized by Google

Es ist demnächst noch ausgeführt, daß dem Anspruche des Klägers auch ein Anerkenntniß des Verklagten und die Verjährung nicht zur Seite stehe.

№ 52.

Brückenbaulast in der Ober-Lausitz.

Ist die, durch einen gerichtlichen Vergleich einer Gemeinde mit der Gutsherrschaft vereinbarte, Brückenbaulast der letzteren, als öffentliche (gemeine) Reallast anzusehen und als solche geeignet, auch ohne hypothekarische Eintragung auf den dritten Besitzer des Guts überzugehen?

Ober-Amts-Patente vom 8. August 1673, 7. Juli 1685, 29. Januar 1715 und 19. April 1764 (Collectionswerk Thl. I. S. 500, 501, Thl. III. S. 203.)

Churfächsisches Straßen-Bau-Mandat vom 28. April 1781 (Cod. August. II. S. 671.)

Publications-Patent vom 15. November 1816 §. 3. (Ges.-Samml. von 1816 S. 233.)

Verordnung vom 16. Juni 1820 §§. 19. 26. (Ges.-S. von 1820 S. 101.)

Hypotheken-Ordnung Tit. 1. §§. 48. und 49.

A. L. R. Thl. I. Tit. 11. §. 175., Thl. II. Tit. 7. §§. 11. 37. Nr. 1. 39. 87. 146.

Proceß-Ordnung Tit. 10. §§. 115. 121. 124. 126.

Das Städtchen W. wird vom Lausitzbache durchflossen. In der Nähe der B. und H.'schen Häuser führt eine Brücke

Digitized by Google

über letzteren. Diese wurde im Jahre 1858 durch Wasserfluthen beinahe gänzlich zerstört. Ihre Wiederherstellung lag im Interesse der Communication und wurde deshalb von der Ortspolizeibehörde der Gemeinde W. aufgetragen. Diese fügte sich, nahm jedoch darauf den Gutsherrn v. S., als den eigentlichen Bauverpflichteten, wegen Ersatz der Baukosten in Anspruch. Sie gründete die streitige Verpflichtung des Verklagten vornämlich auf einen zwischen der Gutsherrschaft und der Gemeinde W. im Jahre 1686 geschlossenen, von ihr in Ausfertigung beigebrachten Vergleich, dessen andere Ausfertigung der Verklagte besitzen sollte, nach welchem die Bürger in W. nur verpflichtet seien, die Handlanger zum Erbau und zur Erhaltung der Brücken und Stege im Städtlein zu geben, — ferner darauf, daß das Dominium dieselbe Brücke bereits im Jahre 1843 auf eigene Kosten gebaut habe, und daß die Schlußsteine der beiden in W. über den Lausitzbach führenden Brücken mit v. G., das sei von Gersdorf, dem Namen der Vorbesitzer des Verklagten, bezeichnet seien.

Die verbindliche Kraft des Vergleichs für den Verklagten, welcher unstreitig als Singular-Successor das Gut W. erworben hat, suchte Klägerin durch die Behauptungen darzuthun, daß der Vergleich in einem zwischen der Gutsherrschaft und den Unterthanen über eben diesen Gegenstand geführten Processe gerichtlich geschlossen worden sei und das Dominium in der Gewerbeentschädigungs- und Reallasten-Ablösungssache von W. sich auf jenen berufen habe. Sie beantragte deshalb, indem sie die Baukosten, ausschließlich der Handlangerdienste, auf 61 Thlr. 19 Sgr. 3 Pf. berechnete:

den Verklagten zu verurtheilen, die Brücken und Stege in W. mit Ausschluß der dazu nöthigen Handlangerarbeiten, auf alleinige Kosten zu bauen und zu unterhalten, und

Digitized by Google

demnach für schuldig zu erklären, der Klägerin die zum Bau der in Rede stehenden Brücke verauslagten Kosten mit 61 Thlr. 19 Sgr. 3 Pf. nebst fünf Procent Zinsen seit Zustellung der Klage zu erstatten.

Der Verklagte erkannte weder den Vergleich, noch die daraus hergeleitete Verpflichtung der Gutsherrschaft an. Davon ausgehend, daß die Gemeinde zur Unterhaltung der fraglichen Brücke nach §. 37. Tit. 7. Thl. II. des A. L. R. gesetzlich verpflichtet sei, bestritt er, daß der Vergleich die vertragsmäßige Uebernahme dieser Verbindlichkeit Seitens der Gutsherrschaft enthalte und daß diese Verbindlichkeit, wenn sie darin wirklich übernommen sein sollte, auf ihn als bloßen Singular-Successor übergegangen sei. Denn diese Verbindlichkeit involvire eine, auf einem speciellen Titel beruhende Reallast, deren Eintragung es nach §. 48. Tit. 1. der Hypotheken-Ordnung bedurft hätte, um ihren Uebergang auf jeden dritten Besitzer zu vermitteln. Da dies nicht geschehen sei und Klägerin auch versäumt habe, ihr Realrecht bei Einführung der Hypotheken-Ordnung in den ehemals sächsischen Landestheilen zur Eintragung bei der Hypothekenbehörde anzumelden, so könne sie dieses ihm, dem Verklagten, gegenüber, der erst nach dem Jahre 1822 Besitzer von W. geworden sei, nach §§. 19. 23. der Verordnung vom 16. Juni 1820 nicht geltend machen. Er bat deshalb, indem er die übrigen thatsächlichen Behauptungen der Klägerin bestritt, um Abweisung der Klage.

Nach stattgefundener Beweisaufnahme verurtheilte der erste Richter, das Kreisgericht zu Lauban, unter dem 23. Februar 1864 den Verklagten nach dem Klageantrage. Die Entscheidung gründete sich hauptsächlich auf die Auslegung der Urkunde vom 9. Mai 1686. Es ist dies ein Receß, aufgenommen von Commissarien des Churfürstlich Sächsischen

Digitized by Google

Oberamts des Markgrafenthums Ober-Lausitz, welche aus Veranlassung einiger, zwischen der Gutsherrschaft zu W. und ihren Unterthanen entstandenen Irrungen und Differenzen beauftragt waren, die Parteien gegen einander zu vernehmen und zu vereinigen, in Entstehung der Güte aber ihren Bericht ins Oberamt einzusenden. Als Gutsherrschaft ist Wigand von Gersdorf, und als erschienen die ganze Gemeinde aufgeführt. Diese geht zunächst die Herrschaft an:

sie bei ihren von der landesfürstlichen Obrigkeit confirmirten und von der Herrschaft ihnen ertheilten Privilegiis zu lassen und bei ihren Kaufbriefen zu schützen, insonderheit aber sie zur Setzung der Schlagbäume und Pallisaden nicht zu nöthigen u. s. w.

Darauf läßt sich die Gutsherrschaft

„obschon sie niemals gemeint gewesen, ihre Unterthanen an ihre Gerechtsame, deren sie vermöge herrschaftlicher Concession und Churfürstlicher Privilegien befugt, zu kränken, noch sie über die Gebühr zu beschweren",

zu mehrerer Versicherung ihrer Unterthanen noch dahin aus: daß sie von den Bürgern nicht mehr begehre, als daß sie nur zu Erbau- und Erhaltung der Brücken und Stege im Städtchen W. die Handlanger geben sollten. Die Schlagbäume und Pallisaden aber wollte die Herrschaft ohne ihr Zuthun allein anrichten und erhalten, auch das Städtlein nach ihrem Belieben pflastern lassen.

Nach einigen anderen, hier nicht interessirenden, das Verhältniß zwischen Gutsherrschaft und Unterthanen regelnden Bestimmungen, heißt es dann:

Im Uebrigen soll es bei dem, dem Städtlein ertheilten Privilegio, ingleichen bei dem Oberamts-Recesse vom 11. Februar 1677, der herrschaftlichen Concession vom 3. Juni 1677 und allen anderen von der Herrschaft denen

Digitized by Google

Unterthanen in genere und in specie gegebenen schriftlichen Versicherungen, auch deren Unterthanen Kaufbriefen, außer was hiermit deutlich exprimiret und geändert, allerdings belassen werden,

und zum Schluß:

zu Urkundt ist dieser Vergleich in einem Recesse verfasset, doppelt ausgefertigt, und von uns Commissarien nebenst der Herrschaft besiegelt und unterschrieben worden. Actum in termino commissionis auf dem hochadligen Gute M. den 9. Mai des 1686 Jahres.

Es folgen die Unterschriften und Siegel.

Der erste Richter führte nun aus: Der vorliegende Receß, dessen Echtheit vom Verklagten nicht bemängelt und welcher unter Beobachtung der in damaliger Zeit bei Aufnahme von derartigen Urkunden üblichen Förmlichkeiten zu Stande gekommen sei, enthalte nicht bloß das Anerkenntniß, sondern auch die Voraussetzung, daß damals schon für die Gutsherrschaft die Verpflichtung bestanden habe, die Brücken und Stege im Städtlein W. zu bauen und zu unterhalten; derselbe verpflichte den Verklagten als Rechtsnachfolger des früheren Besitzers von W. Da ferner erwiesener Maaßen die fragliche Brücke vor etwa zwanzig Jahren von der Gutsherrschaft gebauet worden, und die Schlußsteine der Brücke mit den Buchstaben v. G. bezeichnet seien, so wäre als dargethan anzunehmen, daß der Verklagte als Besitzer v. W. rechtlich verpflichtet sei, die Brücken und Stege in diesem Orte auf alleinige Kosten zu unterhalten und zu bauen und Klägerin nur gehalten, die Handlanger zu geben. Der Anmeldung und Eintragung dieser der Gutsherrschaft obliegenden Verbindlichkeit in das Hypothekenbuch habe es eben so wenig, wie der Intabulation der Verpflichtung der Klägerin bedurft die Verordnung vom 16. Juni 1820 finde keine Anwendung,

Digitized by Google

da es sich um die Leistung von Diensten und Prästationen handele, welche nach §. 48. Tlt. 1. der Hypotheken-Ordnung nicht einzutragen seien.

Verklagter appellirte gegen diese Entscheidung in ihrem ganzen Umfange mit dem Antrage auf Abweisung der Klage. Er bestritt, daß das von der Klägerin überreichte Document die Eigenschaften einer öffentlichen Urkunde habe, weil nicht erwiesen sei, daß dasselbe das Original und sein Concipient ein Deputirter des Oberamts zu Bautzen gewesen sei, und stellte die Verbindlichkeit des Recesses, vorbehaltlich der bereits in erster Instanz erhobenen Einreden, noch deshalb in Abrede, weil weder feststehe, ob Wigand von Gersdorf am 9. Mai 1686 alleiniger Besitzer des Gutes W. gewesen sei, noch ob die dort erwähnten „Bürger" die jetzigen Mitglieder der Gemeinde seien.

Die Klägerin berief sich zur Widerlegung dieser Einreden auf den Inhalt der Urkunde, und beantragte Bestätigung des ersten Erkenntnisses.

Das Appellations-Gericht zu Glogau resolvirte zunächst auf Einholung des Original-Recesses vom 9. Mai 1686 und Vorlegung der in diesem in Bezug genommenen Urkunden, nämlich des der Stadt W. ertheilten Privilegii, des Oberamts-Recesses vom 11. Februar, sowie der herrschaftlichen Concession vom 3. Juni 1672, und erkannte, als diese Urkunden nicht beschafft werden konnten, unter dem 29. October 1864 reformatorisch auf Abweisung der Klage. In den Gründen ist ausgeführt:

Die Ansicht des Verklagten, daß eine Reallast in Rede stehe, sei zwar nicht zu theilen und den hieraus gezogenen Folgerungen nicht beizupflichten, vielmehr handele es sich um eine Communallast, welche nach der Meinung der Klägerin der Gutsherrschaft, ihr gegenüber, obliege, beziehungsweise

Digitized by Google

um eine Befugniß, welche der Klägerin gegen die Gutsherrschaft zukommen solle, die Abweisung habe aber erfolgen müssen, weil vergeblich ein Rechtstitel für den Anspruch der Klägerin, dem Verklagten gegenüber, gesucht werde. Gesetzlich sei derselbe nicht begründet; denn die zur Zeit des Vergleichs in der Lausitz in Geltung gewesenen Provinzialgesetze seien durch das Churfürstliche Straßenbau-Mandat vom 28. April 1781, und dieses wiederum durch die Einführung des Allgemeinen Landrechts in die ehemals sächsischen Landestheile aufgehoben worden. Die Begründung desselben könne auch nicht durch die bloßen Thatsachen, daß die Gutsherrschaft die Brücke vor einigen zwanzig Jahren auf ihre Kosten erbaut habe und daß die Schlußsteine derselben mit v. G. bezeichnet seien, hergestellt werden. Was aber den Vergleich angehe, so sei es, selbst die Richtigkeit der nicht unzweifelhaften Auslegung des ersten Richters zugegeben, immer noch fraglich, in wieweit Wigand v. Gersdorf an die hier in Rede stehende Erklärung gebunden gewesen sei, da dieselbe der Angabe des Entstehungsgrundes der anerkannten Verbindlichkeit ermangele. Keinesfalls könne aber die Unterwerfung dieses Besitzers unter das bestimmte Rechtsverhältniß zur Begründung des klägerischen Rechts gegen den Verklagten, als bloßen Singular-Successor, dienen; denn Vergleiche ständen in Bezug auf ihre Wirksamkeit für und gegen dritte Personen unter den für lästige Verträge bestehenden allgemeinen Regeln, daß davon nur die Parteien und deren Universal-Rechtsnachfolger betroffen würden. Zwar habe Klägerin behauptet, daß der Vergleich in einem den fraglichen Gegenstand betreffenden Processe geschlossen worden sei und deshalb gleich einem rechtskräftigen Erkenntnisse nicht bloß für und gegen die Parteien, sondern auch deren Rechtsnachfolger, wirken müsse;

Digitized by Google

jene Voraussetzung sei aber unrichtig, der Vergleich sei nicht in einem Processe und nicht gerichtlich geschlossen. Eben so wenig sei der Nachweis geführt, daß der Verklagte den hier in Rede stehenden Vergleich anderweit anerkannt habe.

Gegen diese Entscheidung hat die Klägerin noch die dem Gegenstande nach statthafte Revision eingelegt. In Folge derselben ist durch Urtel des dritten Senats des Ober-Tribunales vom 19. Mai 1865, unter Abänderung des zweiten das erste Erkenntniß wiederhergestellt worden.

Gründe.

Die Parteien streiten darüber, wer von ihnen zur Unterhaltung und zum Baue der in W. über den Lausitzbach führenden Brücken und Stege verpflichtet ist? Die Klägerin stützt ihre Behauptung, daß diese Pflicht bis auf die von ihr zu leistenden Handdienste der verklagten Gutsherrschaft obliege, auf den Receß vom 9. Mai 1686. Der Verklagte lehnt dieselbe zunächst deshalb ab, weil die Gemeinde nach §. 37. Tit. 7. Thl. II. des A. L. R. zur Ausbesserung der gemeinschaftlichen Wege und Brücken verpflichtet sei.

Die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts haben jedoch nur subsidiäre Geltung. Ihnen gehen zunächst Provinzialgesetze und besondere Wegeordnungen vor (vergl. Tit. 15. Thl. II. des A. L. R.). Diese verweisen wiederum auf Verträge, Rechtssprüche und Observanzen als die ersten Quellen, aus denen die Entscheidung geschöpft werden soll, — (vergl. §. 710. Tit. 11. Thl. II. des A. L. R., Landstraßen- und Wege-Reglement für Schlesien vom 11. Januar 1767 §. 7.) — so daß das im §. 21. der Einleitung zum Allg. Landrechte ausgesprochene Rechtsprincip, daß bei Beurtheilung einzelner Streitfragen die allgemeinen Gesetze den Provinzial-Gesetzen, diese den besonderen Statuten und diese endlich

Digitized by Google

den auf andere Art wohlerworbenen Rechten nachstehen müssen, hier in durchgreifendster Weise zur Geltung gelangt. Dasselbe Princip enthalten die für die Ober-Lausitz erlassenen Gesetze. Diese verhalten sich zwar zunächst über die Wegebaulast, sie müssen jedoch ebenso auf die Verpflichtung zum Brückenbau Anwendung finden, da Brücken nur besonders benannte Theile eines Weges sind und deshalb derjenige, wecher zur Unterhaltung des Weges verpflichtet ist, im Mangel besonderer Bestimmung, auch die darauf befindlichen Brücken zu bauen hat. (Vergl. §. 54. Tit. 15. Thl. II. des A. L. R.) —

Die vom zweiten Richter angezogenen Oberamts-Patente vom 8. August 1673 und 7. Juli 1685 entscheiden die Streitfrage nicht; sie machen unter Verweisung auf die bereits früher ergangenen Patente den Obrigkeiten von Land und Städten die Besserung der Straßen und Wege zur Pflicht, „soweit sich eines und des anderen Boden erstrecket und es ihnen zukommt." Erst das Oberamts-Patent vom 29. Januar 1715 trifft Bestimmungen darüber, wem die Unterhaltung der Dorf- und Gemeindewege obliege. Dort heißt es:

> Damit aber alle weitläufigen Disputen, wem dergleichen Wegebesserungen zukommen möchten, vermieden würden, so soll an denen Orten, wo nicht allbereit deshalb eine beständige Observanz oder Vernehmen zwischen Herrschaft, Unterthanen oder Nachbaren vorhanden, ein jeder Unterthan und Inwohner, soweit seine Aecker und Wiesen an den Fahrwegen gelegen, dieselben in gutem Stande halten, zu den übrigen Besserungen aber, so über den herrschaftlichen Grund gehen, hat die Herrschaft die Baumaterialien, die

Digitized by Google

Unterthanen dagegen die Fahr- und Handarbeit zu verrichten.

Die späteren Gesetze haben denselben subsidiären Charakter.

Das Oberamts-Patent vom 19. April 1764 hat nur den Zweck, die in Vergessenheit gerathenen Patente von 1715, 1722, 1730, 1731 und 1738 zu erneuern und beschränkt sich deshalb darauf, die oben aus dem Patente von 1715 mitgetheilte Bestimmung wörtlich zu wiederholen.

Das als allgemeines Landesgesetz auch für die Lausitz publicirte Churſächsische Straßenbau-Mandat vom 28. April 1781 ändert ebenfalls Nichts in der bestehenden Verfassung hinsichtlich des Wegebaues und der Verpflichtung zu demselben, sondern bestimmt im §. 9. ausdrücklich:

daß es in Ansehung der Obliegenheit, die Straßen zu bauen und zu unterhalten, bei den bisherigen Observanzen ferner sein Bewenden behalten sollte.

Endlich ist in dem Patente wegen Einführung des Allgemeinen Landrechts in die mit den Preußischen Staaten vereinigten ehemals sächsischen Provinzen und Districte vom 15. November 1816 im §. 3. bestimmt:

Die in den einzelnen Provinzen und Orten bisher bestandenen besonderen Rechte und Gewohnheiten behalten noch fernerhin ihre gesetzliche Kraft und Gültigkeit dergestalt, daß die vorkommenden Rechtsangelegenheiten hauptsächlich nach diesen und nur erst in deren Ermangelung nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts beurtheilt und entschieden werden sollen.

Es bleiben deshalb auch jetzt die gesetzlichen Bestimmungen über die Verpflichtung zum Wege- und Brückenbaue ausgeschlossen, wenn nachgewiesen wird, daß dieselbe anderweit, sei es durch Vertrag oder Observanz, geregelt ist.

Digitized by Google

Dies ist hier der Fall. In dem Recesse vom 9. Mai 1686 haben sich Gutsherrschaft und Unterthanen in W. dahin geeinigt, daß die Gutsherrschaft die Brücken und Stege dortigen Ortes bauen und die Gemeinde dabei die Handdienste leisten solle. Die Erklärung der Gutsherrschaft, „daß sie von den Bürgern nicht mehr begehre, als daß sie nur zur Erbau- und Erhaltung der Brücken und Stege die Handlanger geben sollten," läßt keine andere Deutung zu. Denn indem die Gutsherrschaft die Dienste bestimmte, welche ihr die Gemeinde in Zukunft bei dem Baue der Brücken leisten sollte, erklärte sie sich im Uebrigen bereit, sowie bisher, auch in Zukunft den Brückenbau auf ihre Kosten ausführen zu wollen. Die gleich nachfolgende Bestimmung: „die Schlagbäume und Pallisaden aber wolle die Herrschaft ohne ihr Zuthun allein anrichten und erhalten," behebt jeden Zweifel an der Richtigkeit dieser Auslegung. Denn der mit „aber" angedeutete Gegensatz wird nur durch die Deutung erklärlich, daß die Herrschaft im Gegensatze zu der Brückenbaulast, welche eine gemeinschaftliche sein soll, die Errichtung der Pallisaden als alleinige Last übernahm. Der Receß enthält also nicht nur ein Anerkenntniß der Gutsherrschaft, über dessen Verbindlichkeit bei dem Mangel seines Rechtsgrundes gestritten werden könnte, (vergl. Entscheidungen Bd. IX. S. 125., Bd. XI. S. 345.; Bd. XXIX. S. 53.), sondern die Regelnng der Verpflichtung zum Brückenbaue zwischen Gutsherrschaft und Unterthanen, hervorgegangen aus dem Bedürfniß jener Zeit, in welcher es an bestimmten gesetzlichen Vorschriften hierüber noch fehlte. (Vergl. Weiske, Rechtslexikon Bd. XI. S. 665.) Dieses Vernehmen zwischen Herrschaft und Unterthanen, die von dem Verklagten bestrittene Beweiskraft der vorgelegten Urkunde vom 9. Mai 1686 vorausgesetzt, entscheidet den jetzigen

Digitized by Google

Streit zu Ungunsten der verklagten Gutsherrschaft, es bildet bezüglich dieses Verhältnisses das besondere Ortsrecht von W., welches durch das Oberamts-Patent vom 29. Juni 1715 seine Anerkennung gefunden hat und noch jetzt nach §. 3. des Publications-Patentes vom 15. November 1816 in Kraft ist. Der Verklagte hat jedoch die producirte Urkunde weder anerkannt, noch zugegeben, daß dieselbe die Eigenschaften einer öffentlichen Urkunde habe, während die Klägerin behauptet, daß dieselbe eine gerichtliche Urkunde sei. Als solche würde sie nach §. 126. Tit. 10. der Proceß-Ordnung keiner Recognition bedürfen. Es ist deshalb zunächst festzustellen, ob die fragliche Urkunde in der That eine gerichtliche ist. Dies ist nach gemeinem, wie nach preußischem Rechte zu bejahen, wenn dem Aussteller der Urkunde gerichtlicher Glaube beigelegt und die Urkunde von ihm mit den im Gesetze vorgeschriebenen Erfordernissen vollzogen ist. (§§. 115. 123. Tit. 10. der Proceß-Ordnung, Weiske's Rechtslexikon Bd. 8. S. 516 ff. 521.) An Ersterem kann kein Zweifel sein. Denn als Concipienten der Urkunde sind gerichtliche Commissarien des Churfürstlich Sächsischen Oberamts des Markgrafenthums Ober-Lausitz genannt und als ihr besonderer Auftrag noch die Verhandlung zwischen Herrschaft und Unterthanen zum Zwecke der Beilegung einiger zwischen diesen entstandenen Differenzen bezeichnet. Die Erfordernisse der Urkunde hängen von dem gerichtlichen Acte ab, über welchen die vorliegende Urkunde lautet. Dieser ist nach ihrem klaren Inhalte ein in Form eines Recesses gebrachtes Protocoll, das Resultat eines gerichtlichen Commissions-Termins enthaltend, dessen Veranlassung einige zwischen der Gutsherrschaft und Unterthanen entstandene Streitigkeiten waren.

Die über das bei solchen Streitigkeiten einzuschlagende

Digitized by Google

Verfahren in der churſächſiſchen Erledigung der Landesgebrechen von 1661 gegebenen Vorſchriften beſtätigen dieſe Anſicht. Dort heißt es in dem Titel von Juſtizſachen unter dem Marginale: „wie zwiſchen Gerichtsherrn und Unterthanen bei vorfallenden Streitigkeiten zu verfahren," wie folgt:

§. 36. Ob wir nun außer Zweifel ſetzen, es werde ſich eine jede nachgeſetzte Obrigkeit ihres von Gott tragenden Amtes treulich erinnern, die Unterthanen zur Ungebühr nicht beſchweren, ſondern allerdings bei dem, was Rechtens und Herkommens, verbleiben laſſen, ſo kann ſich doch leichtlich auch zutragen, daß zwiſchen Obrigkeit und Unterthanen zuweilen Irrungen entſtehen.

Setzen derowegen und wollen hiermit, daß in dergleichen Fällen die Güte vor allen Dingen beſtermaßen verſuchet, in Entſtehung derſelben aber auf's Schleunigſte verfahren werden ſolle, dergeſtalt, daß auf deren Unterthanen Beſchwerung, an den Beamten oder Gerichtsherrn, um Erſtattung ſeines Berichts ein Monitorium abgelaſſen u. ſ. w.

(Cod. Aug. I. pag. 167. 222.)

Die richterliche Thätigkeit war alſo bei Streitigkeiten zwiſchen Gerichtsherrn und Unterthanen zunächſt darauf verwieſen, einen Termin zur gütlichen Einigung anzuberaumen, und erſt, wenn dieſe nicht zu ermöglichen, Behufs der weiteren proceſſualiſchen Verhandlung Bericht zu erſtatten.

Wird mit dieſen proceſſualiſchen Vorſchriften der Inhalt der Urkunde vom 9. Mai 1686 verglichen, ſo läßt die darin gegebene Darſtellung über Veranlaſſung und Zweck des Termines, welche ſich ſo eng an das vorcitirte Geſetz anſchließt, daß ſogar die Sprachweiſe deſſelben zum Theil beibehalten iſt, wie,

Digitized by Google

demnach sich einige Irrungen herfürgethan, — Herrschaft und Unterthanen gegen einander zu vernehmen und zu vereinigen, in Entstehung der Güte aber unsern Bericht einzusenden, weil die Herrschaft niemals gewillt gewesen, ihre Unterthanen über die Gebühr zu beschweren,

keinen Zweifel mehr übrig, daß der von den Commissiarien abgehaltene Termin das im §. 36. vorgeschriebene processualische Verfahren zum Gegenstande hatte und das von ihnen aufgenommene Protocoll das Resultat der stattgehabten Verhandlungen wieder giebt.

Die vorliegende Urkunde entspricht aber allen Erfordernissen eines gerichtlichen Protocolles nach gemeinem Rechte. Denn es gehen aus ihr Namen und Dienstprädicat der Aussteller, die Parteien und die Art und Zeit der Aufnahme hervor. (§. 115. Tit. 10. der Proceß-Ordnung, Weiske's Rechtslexikon Bd. 8. S. 521. 522.) Die Unterschrift der Parteien war nach gemeinem Rechte nicht erforderlich. (Weiske ebendas.) Aber auch diesem wäre genügt, da der Receß von der Partei, gegen welche aus demselben nunmehr Rechte geltend gemacht werden, von der damaligen Gutsherrschaft, unterschrieben ist (cfr. §. 185. Tit. 5. Thl. I. des A. L. R.). Der Umstand, daß die Urkunde nicht in Form eines Protocolles niedergeschrieben, sondern in eine förmliche Ausfertigung gebracht worden, ist gleichgültig. (§. 124. Tit. 10. der Proceß-Ordn.) Endlich ist das vorgelegte Document seiner eigenen Benennung und dem äußeren Anscheine nach eine Original-Ausfertigung. Die äußere Form der Urkunde ist also tadellos, ihr steht deshalb die Vermuthung der Echtheit zur Seite (§. 121. ebendas.). Diese wird durch das Bestreiten des Verklagten, daß der Concipient ein gerichtlicher Commissarius gewesen sei, nicht aufgehoben;

Digitized by Google

der Verklagte hätte vielmehr den Beweis der Fälschung übernehmen müssen, um die ihm entgegenstehende Rechtsvermuthung zu entkräften. (§. 126. a. a. O.) Eben so wäre es seine Sache gewesen, nachzuweisen, daß Wigand v. Gersdorf nicht alleiniger Besitzer von W. gewesen ist. Denn der der Urkunde innwohnende gerichtliche Glauben spricht auch für die Richtigkeit dieses in ihr verzeichneten Umstandes.

Wenn ferner der Verklagte den Zweifel angeregt hat, ob die im Recesse gedachten Bürger in W. mit den jetzigen Gemeindegliedern dieselben Personen seien, so wird dieser dadurch beseitigt, daß der Commissarius Eingangs der Verhandlung die ganze Gemeinde als Partei und als erschienen aufgeführt hat, und im jetzigen Processe die Gemeinde W. wiederum als Klägerin auftritt.

Der Verklagte wendet endlich ein, daß die von seinem Vorbesitzer in dem Recesse vom 9. Mai 1686 eingegangene Verbindlichkeit auf ihn als Singular-Successor nicht übergegangen sei, weil sie eine, auf einem speciellen Titel beruhende Reallast involvire, deren Anmeldung bei der Hypothekenbehörde es bei Einführung der Hypotheken-Ordnung in die ehemals sächsischen Landestheile bedurft hätte, um ihr Fortbestehen einem dritten Besitzer des Grundstücks gegenüber zu sichern.

Diese Ansicht hat beim ersten Anblicke den Schein der Richtigkeit für sich. Denn es handelt sich in der That um eine Reallast, da in Frage steht, ob die Verpflichtung zum Brückenbaue auf dem Dominium in W. als beständige Last haftet. (§. 507. Tit. 9., §. 1. Tit. 19. Thl I. des A. L. R., Entscheidungen Bd. XVI. S. 200.) Die entgegengesetzte Ansicht des Appellations-Richters wird durch seine eigenen Allegate widerlegt.

Nach der Behauptung der Klägerin soll ferner diese

Digitized by Google

Reallast auf das verpflichtete Gut durch den zwischen ihr und der Gutsherrschaft im Jahre 1686 geschlossenen Receß gelegt sein, so daß die Behauptung des Verklagten, dieselbe beruhe auf einem speciellen Titel und zähle zu den nach §. 49. Tit. 1. der Hypotheken-Ordnung einzutragenden beständigen Lasten, begründet scheinen könnte. Die Bestimmungen der Verordnung vom 16. Juni 1820, wegen Einrichtung des Hypothekenwesens in dem mit den Preußischen Staaten vereinigten Herzogthume Sachsen, lassen sich dann für die Schlußfolgerung des Verklagten hervorheben. Denn dort ist im §. 19. bestimmt:

> Alle Grundeigenthümer, desgleichen alle Inhaber solcher dinglicher Rechte an einem Grundstücke, für welche nach unseren allgemeinen Gesetzen die Eintragung erforderlich ist, werden hierdurch aufgefordert, ihre Rechte vor dem 1. Januar 1822 bei der Hypothekenbehörde anzumelden,

und der die Säumigen betreffende Nachtheil im §. 26. dahin angegeben:

> daß, wenn das Gut nach dem 1. Januar 1822 an einen dritten Besitzer veräußert sei, diejenigen, welche ihr Realrecht anzumelden unterlassen, ihr Recht gegen das Gut ganz verloren hätten, und deshalb weder der dritte Besitzer, noch die, welche von ihm ihr Recht herleiten, im geringsten beunruhigt oder in Anspruch genommen werden sollten.

Da nun Klägerin ihr Recht weder eingetragen, noch angemeldet hat, der Verklagte aber, wie Klägerin nicht bestritten hat, erst nach dem Jahre 1822 Besitzer v. W. geworden ist, so würde das geltend gemachte Realrecht allerdings erloschen sein, wenn die Voraussetzung des Verklagten richtig wäre, daß dasselbe zu der Kategorie der im §. 49. Tit. 1. der Hypotheken-Ordnung bezeichneten beständigen Lasten gehört.

Digitized by Google

Ein näheres Eingehen auf die Natur der streitigen Reallast ergiebt jedoch die Unrichtigkeit dieser Voraussetzung.

Das gemeine Recht unterscheidet im öffentlichen Rechte begründete und privatrechtliche Reallasten. Die ersteren beruhen auf dem Orts-, Gemeinde-, Kirchen- und Staatsverbande; sie werden durch die Verfassung dieser genossenschaftlichen Vereinigungen bestimmt und die Gemeinde, die Kirche, der Staat sind bei ihnen die berechtigten Personen. Die privatrechtlichen Reallasten beruhen dagegen auf einem speciellen Titel: Vertrag, letztwillige Verfügung oder Verjährung. Die Dinglichkeit der gesetzlichen Reallasten ist gemeinrechtlich allseitig anerkannt, dagegen sehr bestritten, ob durch Vertrag eine Reallast begründet werden könne.

(vergl. Albrecht, die Gewehre §. 18., Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Rechts, Bd. 2. S. 367., Weiske, Rechtslexikon Bd. 9. S. 63. 93. 97., Dunker, Reallasten S. 117.)

Das preußische Recht hat die gemeinrechtliche Eintheilung der Reallasten in staatsrechtliche und privatrechtliche beibehalten. Es unterscheidet die im §. 47. Tit. 1. der Hypotheken-Ordnung erwähnten Realverbindlichkeiten in gemeine Lasten und Pflichten, welche nach der Verfassung des Orts, des Kreises und der Provinz von allen Grundstücken derselben Art an den Landesherrn, die Obrigkeit, die Kirche oder Geistlichkeit zu entrichten sind (§. 48.) und solche beständige Lasten, die auf ein Grundstück durch einzelne Verträge, Stiftungen, Vermächtnisse, oder sonst vermöge eines speciellen Titels gelegt sind. (§. 49.) Die ersteren stimmen mit den öffentlichen, die letzteren mit den privatrechtlichen Reallasten des gemeinen Rechtes überein. Das Allgemeine Landrecht bezeichnet auch jene als öffentliche Lasten und Abgaben (§§. 178. 182. Tit. 11. Thl. I.), diese als Privatdienstbarkeiten, Lasten und Abgaben (§. 183.

Digitized by Google

ebendas.). Das preußische Recht folgt dem gemeinen Rechte darin, daß es die absolute Dinglichkeit der öffentlichen Lasten anerkennt. Diese bedürfen daher keiner Eintragung (§. 48. Tit. 1. der Hypotheken-Ordnung, §. 175. Tit 11. Thl. I. des A. L. R.). Dagegen läßt das preußische Recht auch privatrechtliche Titel als Entstehungsgrund von Reallasten zu, macht jedoch der Regel nach den Uebergang derselben auf jeden Besitzer der Sache von der Eintragung in das Hypothekenbuch abhängig (§. 49. Tit. 1. der Hypotheken-Ordnung, §. 183. Thl. I, Tit. 11. des A. L. R., Entscheidungen Bd. 28. S. 33.).

Die Verpflichtung zur Unterhaltung der öffentlichen Wege und Brücken ist nun offenbar eine Reallast des öffentlichen Rechts. Denn Wege sind gemeinnützige Anstalten, die Erhaltung derselben erheischt das Wohlfahrts- und Sicherheits-Interesse des Staates; dieser ist deshalb der Berechtigte und Verpflichtungsgrund für den Einzelnen die Zugehörigkeit zu dem Staatsverbande. Die Wegebaulast ist daher eine publicistische Verpflichtung.

Nach gemeinem Rechte unterscheidet man die öffentlichen Wege in Landstraßen und Gemeindewege. Die Unterhaltung der ersteren ist eine allgemeine Landeslast; die der letzteren gehört zu den aus dem Gemeindeverbande entspringenden Communal-Lasten. (Weiske's Rechtslexikon Bd. 14. S. 469., v. Rönne, Wege-, Polizei- und Wegerecht des preußischen Staates, Einleitung). Diesem folgt auch das Allgemeine Landrecht. Es macht die Unterhaltung der Landstraßen dem Staate zur Pflicht, (§. 11. Tit. 15. Thl. II.), und rechnet zu den Gemeindearbeiten die Ausbesserung der gemeinschaftlichen Wege und Brücken (§. 37. Nr. 1. Tit. 7. Thl. II., v. Rönne S. 409.). Endlich sind im §. 49. der Concurs-Ordnung zu den gemeinen Lasten ausdrücklich die auf dem

Digitized by Google

Grundstücke haftenden Abgaben und Leistungen gezählt, welche aus der Verpflichtung zu öffentlichen Wege-, Wasser-, oder Uferbauten entstehen. Es kann daher an sich über den Charakter der streitigen Verbindlichkeit als einer gemeinen Last, kein Zweifel sein und sich nur noch fragen, ob sie diesen Charakter dadurch verloren hat, daß sie aus einem zwischen Gutsherrschaft und Unterthanen geschlossenen Vernehmen hergeleitet wird. Dies ist jedoch zu verneinen.

Jener Receß ist nur anscheinend ein privatrechtlicher Titel. Für das gemeine Recht ist dies wiederholt ausgesprochen. Weiske führt als Entstehungsgrund der Reallasten des öffentlichen Rechtes neben Gesetz und Gewohnheit vorzüglich noch genossenschaftliche Vereinbarungen an, welche nicht minder Ortsstatuten, Ortsrechte, als die Verabschiedungen der Landesherrn mit den Landständen Gesetze seien, — (Weiske, die Gutsherrlichkeit und die gutsherrlich bäuerlichen Gaben und Leistungen, Rechtslexikon Bd. 9. S. 96.) — und nach Dunker müssen aus dem Gesichtspunkte gesetzlicher Reallasten auch diejenigen Leistungen angesehen werden, welche durch die Statute einer Gemeinheit auf die Grundstücke radicirt sind, wenn denselben die Autonomie in diesem Umfange verfassungsmäßig zustand. (Dunker, Reallasten S. 118. 180.). Dies trifft ebenso für das Preußische Recht zu.

Ist die Unterhaltung der öffentlichen Wege eine publicistische Pflicht, welche ihren Grund in einer größeren oder kleineren gesellschaftlichen Vereinigung, sei es Orts-Gemeinde- oder Staatsverband, hat, so gehört die Erfüllung dieser Pflicht zu dem Betriebe der gemeinschaftlichen Angelegenheiten. Die Bestimmung darüber, in welcher Weise dieser Pflicht genügt werden soll und in wieweit die einzelnen Mitglieder hierzu beizutragen haben, hängt in erster Reihe von den Be-

Digitized by Google

schlüssen der Gemeinschaft selbst ab. Die solchergestalt festgestellten Pflichten machen die Verfassung der Gemeinschaft aus. Diese ist für die Rechtsverhältnisse in der Gemeinschaft die bleibende Norm und ihr deshalb auch jedes spätere Mitglied unterworfen.

Es folgen diese Sätze aus den über die Grundverfassung der Gesellschaften in den §§. 26. 27. und 37. Tit. 6. Thl. II. des A. L. R. gegebenen Bestimmungen.

Durch den Receß vom 9. Mai 1686 haben nun die Ortsangehörigen v. W. unter sich die Pflichten in Ansehung einer gemeinen Ortslast, des Brückenbaues, geregelt. Hierin macht der Receß die Verfassung des Orts aus und bildet das besondere Recht desselben. Diesen verfassungsmäßigen Zustand fand das Oberamts-Patent vom 29. Juni 1715 bereits vor und sanctionirte denselben, indem es die bereits gebildeten örtlichen Rechte fortbestehen ließ. Derselbe hat auch jetzt noch nach dem Publications-Patente vom 15. November 1816 verbindliche Kraft und Gültigkeit.

Wenn sich daher Klägerin auf den Receß vom 9. Mai 1686 beruft, so führt sie gerade aus der Verfassung des Orts W. den Beweis, daß dem Verklagten die streitige Verbindlichkeit obliege. (cfr. §§. 31. 39. 87. 146. Tit 7. Thl. II. des A. L. R.). Auch der vom Gesetzgeber für die Wesentlichkeit oder Unwesentlichkeit der Eintragung der Reallasten angegebene Grund führt dahin, die Eintragung der hier in Rede stehenden Last nicht für nöthig zu erachten. Der Eintragung der öffentlichen Reallasten bedarf es nämlich deshalb nicht, „weil dergleichen Abgaben von dem im Hypothekenbuche eingetragenen Werthe des Guts schon abgezogen sind, ein Käufer aber, oder wem sonst daran gelegen ist, sich danach besonders zu erkundigen hat. (§. 48. Tit. 1. der Hypotheken-Ordnung). Dagegen ist die Eintragung der auf einem speciellen

Digitized by Google

Titel beruhenden Reallasten deshalb gefordert, „weil ein Kauflustiger dergleichen Lasten bei Abgebung seines Gebots auf dergleichen Grundstücke von dem Ertrage desselben gewöhnlich abzuziehen pflegt.“ (§. 49. ebendas.) Die Eintragung der letzteren soll also dem Käufer die Kenntniß ihrer Existenz, welche bei ihm nicht vorauszusetzen ist, verschaffen und ihn dadurch in Stand setzen, ein dem wahren Nutzungswerthe der Sache entsprechendes Gebot abzugeben. Die gemeinen Lasten werden dagegen als bekannt vorausgesetzt und es wird deshalb angenommen, daß der Käufer mit Rücksicht auf diese sein Gebot gemacht hat. Sollte dies nicht der Fall gewesen sein, so wird dies seiner eigenen Schuld beigemessen, da er sich nach dergleichen Lasten hätte erkundigen müssen. Die Unkenntniß einer beständigen Last hindert hiernach deren Uebergang nicht, wenn sich der Käufer aus eigenem Versehen in Unkenntniß über dieselbe befunden hat. Dies muß aber hier angenommen werden. Das Bestehen der in W. über den Lausitzbach führenden Brücken konnte dem Verklagten nicht verborgen bleiben; es war deshalb seine Pflicht, sich zu erkundigen, wer nach dem Ortsrechte von W. zur Unterhaltung der Brücken verpflichtet sei. Demnach rechnet der Verklagte mit Unrecht die in Rede stehende Reallast zu den beständigen Lasten des §. 49. Tit. 1. der Hypotheken-Ordnung; dieselbe ist vielmehr eine gemeine Last im Sinne des §. 48. ebendaselbst. Ist nun aber der §. 48. cit. anzuwenden, so gelangt man zu demselben Resultate wie der erste Richter:

daß die in Rede stehende Reallast der Eintragung nicht bedurfte, sondern als gemeine Last auf den Verklagten, als zeitigen Besitzer von W., übergegangen ist.

Der Klägerin ist deshalb die Wiederherstellung der im Jahre 1858 zerstörten Brücke zu Unrecht zugemuthet worden. Sie hat, indem sie sich der polizeilichen Aufforderung fügte, ein

Digitized by Google

fremdes, der verklagten Gutsherrschaft obliegendes, Geschäft besorgt und kann daher auf Grund der nützlichen Verwendung die von ihr verauslagten Kosten von dem Verklagten erstattet verlangen. (§§. 231. 232. 262. 268. ff. Tit. 13. Thl. I. des A. L. R.). Die Beweisaufnahme in erster Instanz hat die Richtigkeit der klägerischen Kostenrechnung ergeben und der Verklagte diesen Theil der Entscheidung auch nicht zum Gegenstande einer besonderen Beschwerde gemacht.

Die Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses erscheint deshalb gerechtfertigt.

№ 53.

Feldesreservation für den fiscalischen Bergbau.

Können, im Bereiche der revidirten schlesischen Berg-Ordnung vom 5. Juni 1769, Feldesreservationen zum eigenen Bergbau regaler Fossilien, Seitens des Staats, sofern sie das für Verleihungen an Privatpersonen gesetzlich bestimmte Maximalmaaß überschreiten, nur im Wege der Gesetzgebung rechtsgültig erfolgen?

Revidirte schlesische Berg-Ordnung vom 5. Juni 1769 Cap. I. §. 1. Cap. III. §. 1. A. L. R. Thl. II. Tit. 16. §§. 154 u. f., Thl. II. Tit. 16. §. 76.

Vergl. auch Plenarbeschluß vom 3. October 1849 (Entsch. Bd. 19. S. 44 ff.) und Präjudiz Nr. 862. (Präjudicien-Samml. Bd. 1. S. 215.)

Am 9. August 1862 ist Seitens des Grafen H. auf N. auf ein angeblich im Territorium der Stadt Beuthen im

Digitized by Google

Felde der Galmeigrube R. zufällig entdecktes Bleierzlager, unter den Namen Balzer, Muthung eingelegt worden. Das Ober-Bergamt hat jedoch unter dem 16. August 1862 die Muthung zurückgewiesen und der hiergegen erhobene Recurs ist durch Bescheid des Königlichen Ministeriums für Handel, Gewerbe und öffentliche Bauten vom 11. November des gedachten Jahres zurückgewiesen worden und zwar aus dem Grunde, weil das begehrte Feld in dem für die landesherrliche Bleierzgrube Friedrich reservirten Felde liege. Hierbei wird bemerkt, daß die gedachte Feldesreservation mittelst Cabinets-Ordre vom 20. October 1839, publicirt im Amtsblatte der Königlichen Regierung zu Oppeln pro 1839, ausgesprochen ist und das reservirte Feld über die Hälfte der Standesherrschaft Beuthen überdeckt. Der Graf H. behauptet aber, daß das Reservat der Friedrichsgrube der Wirksamkeit seiner Muthung nicht entgegenstehe. Er stützt sich in seiner deshalb gegen den Berg-Fiscus angestellten Klage, worin er die Rechtsgültigkeit der eingelegten Muthung darzuthun sucht, theils auf besondere Rechtstitel, welche kein allgemeines Interesse darbieten, theils auf die Behauptung:

> das die Bergbehörden nicht befugt seien, Felder zum eigenen Bau für den Staat zu reserviren und daß solche Reservationen jedenfalls nicht den Umfang der für die Verleihung an Privatpersonen gesetzlich bestimmten Maximalfelder übersteigen dürften, daß es hierzu vielmehr eines Gesetzes bedürfe,

wobei er bestreitet, daß der Cabinets-Ordre vom 20. October 1839 Gesetzeskraft beizulegen sei.

Durch zwei gleichlautende Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Beuthen vom 24. December 1863 und des Civil-Senats des Appellations-Gerichts zu Ratibor vom 3. November 1864 ist er jedoch mit seiner Klage abgewiesen worden.

Digitized by Google

Die gegen das Appellations-Erkenntniß eingelegte Nichtigkeits-Beschwerde hat der dritte Senat des Ober-Tribunals am 15. Mai 1865 zurückgewiesen, und zwar aus folgenden

Gründen.

I. Die Ausführung des Imploranten: daß die Reservation eines gewissen Districts zum eigenen Bergbau regäler Fossilien Seitens des Staates, in sofern dafür ein größeres, als das zur Verleihung an Privatpersonen gesetzlich geeignete Feld in Anspruch genommen wird, nur im Wege der Gesetzgebung, nicht durch bloßen Verwaltungsact, erfolgen könne, entbehrt des gesetzlichen Grundes und es kann daher weder der vom Imploranten formulirte Rechtsgrundsatz für richtig anerkannt, noch der gerügte Verstoß gegen die vom Imploranten hervorgehobenen Vorschriften für begründet erachtet werden.

Die jetzt vom Imploranten vertheidigte Ansicht ist schon früher aufgestellt worden und liegt dem Präjudiz Nr. 862. zum Grunde. Es wurde dafür geltend gemacht, cfr. Entscheidungen Bd. 19. S. 46.:

> Die Freigebung des Bergbaues sei im Wege der Gesetzgebung erfolgt. Das Recht, Gesetze zu ändern, sei nach §. 6. Tit. 13. Thl. II. des A. L. R. dem Oberhaupte des Staats allein vorbehalten. Erklärungen eines Ober-Bergmeisters und Verfügungen eines Bergamtes vermöchten nicht, die Gesetze und die Freiheit des Bergbaues abzuändern.

Allein schon im Jahre 1849 hat das gedachte Präjudiz Veranlassung zu einem Plenarbeschlusse gegeben, welcher dasselbe verlassen und sich dahin ausgesprochen hat:

> Im Bereiche der Cleve-Märkischen Bergordnung vom 29. April 1766 genügt die durch die Bergverwaltungs-Behörden erklärte Reservation eines gewissen Feldes zum

Digitized by Google

Betriebe des Bergbaus für den Fiscus, um der Freiheit des Bergbaues ungeachtet die Muthung desselben durch andere Baulustige auszuschließen. — Entscheid. Bd. 19. S. 44 ff.

In den Gründen dieses Plenarbeschlusses wird ausgeführt:

Der Fiscus bedürfe keiner Belehnung mit dem Bergwerkseigenthume, da er den Bergbau auf Grund des Regals betreibe; es komme daher nur darauf an, daß die Thatsache des Ansprechens eines gewissen Feldes durch den Fiscus zum Bergbau gehörig festgestellt sei, um spätere Muthungen von Privatpersonen auszuschließen. Dies geschehe aber ohne Zweifel durch einen Vorbehalt, der Namens des Fiscus durch die Bergbehörde, welcher die Verwaltung des Regals übertragen sei, in Bezug auf die Gewinnung eines in einer gewissen Gegend befindlichen Fossils gemacht worden. In einer solchen Reservation liege keine Aufhebung der Freierklärung des Bergbaues, S. 48. u. 49. a. a. O. — Es handle sich dabei bloß um eine Verwaltungsmaaßregel, nicht um einen Act der Gesetzgebung.

Der damalige Fall, welcher zu dem gedachten Plenarbeschlusse Veranlassung gab, war aus dem Bereiche der Geltung der Cleve-Märkischen Berg-Ordnung vom 29. April 1766 und der Plenarbeschluß bezieht sich daher, seiner Fassung nach, auf den Bereich dieser Berg-Ordnung, die zur Begründung desselben geltend gemachten Gründe sind aber aus der allgemeinen Natur des Bergregals, der Benutzung desselben und der Freigebung des Bergbaues entnommen und müssen daher überall Geltung finden, wo durch provinzielle Vorschriften keine besondere Abweichung begründet ist. Was aber die besonderen Vorschriften der schlesischen Berg-Ordnung betrifft, so sind dieselben der vom Appellationsrichter ausgeführten Ansicht insofern noch besonders günstig, als sich darin

Digitized by Google

der Landesherr die Befugniß des eigenen Baues auf regale Fossilien ausdrücklich vorbehalten hat. Im Cap. I. §. 1. dieser Berg-Ordnung wird nämlich gesagt:

> Alle Mineralien und Fossilien, die sowohl in andern Ländern, und nach den vorangeführten alten Bergordnungen, als auch nach der Observanz zu dem Bergwerks-Regali gerechnet und dahin gezogen werden, sollen Uns ferner dergestalt verbleiben, daß Wir selbige nach Unserem Gutbefinden Selbst bauen oder baulustige Gewerke damit belehnen können.

Während also in jenem Plenarbeschlusse die Befugniß des Landesherrn, selbst zu bauen, aus der Natur des Bergwerksregals hergeleitet werden mußte, ist sie in der provinziellen Berg-Ordnung für Schlesien mit unzweideutigen Worten ausdrücklich ausgesprochen und in den Gründen des Plenarbeschlusses wird dieses, sowie die identische Bestimmung in der Berg-Ordnung für das Herzogthum Magdeburg besonders hervorgehoben und darauf hingedeutet, daß kein Grund ersichtlich sei, für Cleve, Mörs und Mark ein anderes Recht anzunehmen (Entscheid. Bd. 19. S. 51. u. 52.). Hat sich aber der Gesetzgeber in der Berg-Ordnung das Recht, regale Fossilien selbst zu bauen, ausdrücklich vorbehalten, so enthält auch die Ausübung dieses Rechts durch den Vorbehalt eines gewissen Districts für den landesherrlichen Bau keine Abweichnng vom Gesetz, keinen Act der Gesetzgebung, sondern, wie schon der Plenarbeschluß ausführt, eine Verwaltungsmaßregel und die gesetzliche Freigebung des Bergbaues wird dadurch nicht alterirt, weil, wie der Appellationsrichter richtig ausführt, diese Freigebung keine unbedingte ist, sondern nur dann stattfindet, wenn der Staat von seinem Rechte, selbst zu bauen, keinen Gebrauch macht.

Implorant hebt besonders hervor, die Feldesreservation

Digitized by Google

für den Fiscus könne im vorliegenden Falle nicht als bloße Verwaltungsmaaßregel angesehen werden, weil sie das in den Gesetzen vorgeschriebene Maximalmaß für Feldesverleihungen sehr bedeutend überschreite und macht geltend:

es leuchte ein, daß die bloße Reservation eines das gesetzliche Maximalmaß eines Grubenfeldes überschreitenden Districtes für den Bergfiscus durch Verwaltungsact nicht zuläßig sein könne, weil anderenfalls die Verwaltungsbehörde auch befugt wäre, das ganze Herzogthum Schlesien mit sammt der Grafschaft Glatz zum eigenen Bergbau für den Fiscus reservirt zu erklären, in welchem Falle unverkennbar das ganze gesetzlich sanctionirte Princip der Freierklärung des Bergbaues aufgehoben erscheinen müßte.

Allein auch dieses Argument trifft nicht zu. Ist, wie der mehrgedachte Plenarbeschluß ausführt, die Reservation eines Districts zum eigenen Bau für den Fiscus eine bloße Verwaltungsmaßregel, so kann sie nicht bloß dadurch ein legislatorischer Act werden, daß der reservirte District die für Verleihung an Privatpersonen gesetzlich bestimmte Maximalgröße eines Feldes übersteigt. Dies könnte nur dann angenommen werden, wenn das Gesetz für den Selbstbau des Fiscus eine bestimmte Maximal-Feldesgröße festsetzte, was aber nicht der Fall ist, indem sich der Landesherr ohne alle Beschränkungen nach Gutbefinden den eigenen Bau vorbehalten hat. Vergeblich bemüht sich Implorant auszuführen, daß auch Fiscus beim eigenen Bau den gesetzlichen Bestimmungen über die Feldesgröße unterworfen sei. Denn diese bestimmen nur den Umfang des Vorzugsrechts zum Bau, auf welchen derjenige, welcher einen Fund gemacht, Anspruch hat, — cfr. §§. 154. u. f. Tit. 16. Thl. II. A. L. R., Cap. III. §. 1. der Berg-Ordnung vom 5. Juni 1769 — enthalten aber keine Beschränkung für den eigenen Bau des Fiscus,

Digitized by Google

welchen sich der Landesherr nach eigenem Gutbefinden vorbehalten hat. Hauptsächlich giebt hierüber die vorgedachte Stelle der Berg-Ordnung Auskunft, worin es heißt:

> Gleichwie aber bisher dieses Vorrecht gar sehr gemißbrauchet, ungebührlich viele Maaßen gemuthet und bestätiget, hierdurch aber anderen Baulustigen das Feld versperret worden, so soll hinfüro nicht vergönnet sein, zu der Fundgrube mehrere Maaßen zuzumuthen, als bei metallischen Werken 8—12 Maaßen ꝛc.

Daß sich dieses nur auf Feldesverleihungen an Privatpersonen auf Grund eines gemachten Fundes und eingelegter Muthung bezieht, ist unzweifelhaft, da bei der Reservation eines Districts zum eigenen Bau für den Fiscus von einem Funde und einer Fundgrube nicht die Rede sein kann. Der Landesherr, welchem damals allein die gesetzgebende Gewalt zustand, hielt es für angemessen, das dem Finder eines zum Regal gehörigen Fossils zustehende vorzügliche Recht auf Beleihung seinem Umfange nach genau zu bestimmen resp. gewisse Schranken desselben für die Concurrenz mit anderen Baulustigen festzustellen, er fand aber keine Veranlassung, das Recht zum eigenen Bau, welches er sich ausdrücklich vorbehalten hatte, in dieselben Schranken einzuschließen.

Es kann dem Imploranten eingeräumt werden, daß auch der Vorbehalt zur eigenen Besitznehmung für den Fiscus eine geographische Begrenzung voraussetzt, wie derselbe unter Bezugnahme auf §. 46. Tit. 7. Thl. I. des A. L. R. ausführt, eine solche geographische Begrenzung enthält aber auch die Allerh. Cabinets-Ordre vom 20. October 1839 und es kann nicht eingeräumt werden, daß der Umfang eines zum Bau für den Fiscus vorbehaltenen Districtes nach den Schranken zu bemessen sei, welche das Gesetz als Maximum für die Verleihung von Grubenfeldern an Privatpersonen be-

Digitized by Google

stimmt hat. Dies läßt sich auch nicht aus §. 76. Tit. 14. Thl. II. A. L. R. herleiten, welcher vorschreibt:

> Bei dem Gebrauche, der Benutzung und Verwaltung der Domainen und Regalien kommen dem Staate der Regel nach nur eben die Rechte zu, wie einem jeden Privateigenthümer.

Denn diese Vorschrift spricht nur eine allgemeine Regel aus, welche Anwendung findet, soweit besondere Gesetze nicht etwas Abweichendes festsetzen und es ist oben bereits dargethan worden, daß für die Verleihungen von Grubenfeldern an Privatpersonen gewisse Schranken gezogen sind, während der Vorbehalt zum eigenen Bau für den Staat in das Gutbefinden des Landesherrn gestellt ist, beides also nicht denselben Grundsätzen unterliegt. Der betreffenden Ministerial-Abtheilung für Bergbau ꝛc. ist nach §. 18. Nr. 1. des Publicandums, betreffend die veränderte Verfassung der oberen Staatsbehörden vom 16. December 1808 die ganze Bergwerks- und Hüttenverwaltung, im ausgedehntesten Umfange, sowohl in polizeilicher als administrativer und technischer Hinsicht übertragen und im Allgemeinen muß daher wohl angenommen werden, daß ihr auch die Bestimmung über Feldesreservationen für fiscalischen Bau gebühre, es kommt aber hierauf nicht einmal an, da die in Rede stehende Reservation durch die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 20. October 1839 genehmigt ist, und dies jedenfalls ausreicht, Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit und Zweckmäßigkeit dieser Maßregel auszuschließen, wenn nur festgehalten wird, daß, wie oben dargethan worden, es sich hierbei um eine Verwaltungsmaßregel, nicht um einen Act der Gesetzgebung handelt. Eine vom Landesherrn selbst, als den obersten Chef der Verwaltung, genehmigte Verwaltungsmaßregel kann nicht mit der Behauptung angegriffen werden, daß die Verwaltungsbehörden

Digitized by Google

möglicher Weise durch übertriebenen Gebrauch ihrer Befugniß nachtheilig wirken können.

Hiernach ist der vom Imploranten aufgestellte, als verletzt bezeichnete Rechtsgrundsatz entschieden unrichtig. Auch hat der Appellationsrichter weder gegen die hervorgehobenen Vorschriften des Tit. 16. Thl. II. A. L. R. und der schlesischen Berg-Ordnung vom 5. Juni 1769, noch gegen das Gesetz vom 1. Juli 1821 verstoßen. Seine Ausführung stimmt mit dem oben erwähnten Plenarbeschlusse vom 3. October 1849 vollkommen überein und es fällt ihm auch eine Verletzung des §. 76. Tit. 14. Thl. II. A. L. R. durch Nichtanwendung nicht zur Last, wie oben bereits dargethan ist. Gegen den §. 46. Tit. 7. Thl. I. A. L. R. hat der Appellationsrichter nicht verstoßen, weil nach der Feststellung desselben die Grenzen des für den fiscalischen Bau reservirten Feldes durch die Allerh. Cabinets-Ordre vom 20. October 1839 bestimmt sind, und ebenso wenig zeigen §. 10. Tit. 9. Thl. I. ibid., da er nicht angenommen, daß die Absicht und das bloße Bestreben, sich eine herrenlose Sache anzueignen, genüge, das Eigenthum derselben zu erwerben.

Noch ist zu bemerken, daß Kläger ein besonderes Argument gegen die Gültigkeit der in Rede stehenden Feldesreservation daraus heigeleitet hat:

daß wenn der Bergverwaltungsbehörde die Befugniß einer so ausgedehnten Reservation zustehen sollte, das gesetzliche Recht des Grundherrn auf den Mitbau und die Freikuxe vereitelt werden würde.

Der Appellationsrichter bemerkt zur Widerlegung dessen, unter Bezugnahme auf Cap. III. §. 1. und Cap. XXXI. §§. 1. und 2. der schlesischen Berg-Ordnung, daß bei dem fiscalischen Bau weder ein Mitbaurecht stattfinde, noch Freikuxe gefordert werden könnten. Die hierbei gerügte Verletzung

Digitized by Google

der gedachten Gesetze ist nicht vorhanden, da der §. 3. Cap. I. nur von dem Falle spricht, wenn eine Gewerkschaft ein zum Regal gehöriges Mineral muthen will, mithin nicht Anwendung findet, wenn der Staat von seinem Rechte zum Selbstbau Gebrauch macht und auch die §§. 1. u. 2. Cap. XXXI. nur von der Eintheilung einer Zeche oder Gewerkschaft sprechen, bei dem fiscalischen Bau in reservirten Districten aber Zechen und Gewerkschaften resp. deren Eintheilung nicht in Betracht kommen. Ueberdies würde, wenn das grundherrliche Mitbaurecht und der Anspruch des Grundherrn auf Freikuxe auch bei fiscalischem Bau Anwendung fände, daraus nur folgen, daß der Grundherr deshalb einen geeigneten Anspruch geltend machen könne, nicht aber, daß Feldesreservationen für fiscalischen Bau überhaupt nicht gültig seien.

Hiernach muß der erste und Hauptangriff für unbegründet erachtet werden, ohne daß es eines Eingehens auf dasjenige bedarf, was über die vorstehend beurtheilte Frage in verschiedenen Druckschriften erörtert worden ist.

II. Der zweite Angriff ist gegen die eventuelle Annahme des Appellationsrichters gerichtet: daß die Allerh. Cabinets-Ordre vom 20. October 1839 ein Gesetz sei, worauf es aber nicht weiter ankommt, da es nach der vorstehenden nicht mit Erfolg angegriffenen Ausführung zu Feldesreservationen für den eigenen Bau des Fiscus eines Gesetzes nicht bedarf.

III. Hier wird zunächst ein dahin formulirter Rechtsgrundsatz als verletzt bezeichnet:

> Die für den Fiscus zum eigenen Betriebe des Bergbaues erklärte Reservation eines Districtes hat nur dann die Wirkung, die Muthung desselben durch andere Baulustige auszuschließen, wenn die Begrenzungslinien des reservirten Districtes bestimmt festgestellt und in gehöriger Weise ver-

Digitized by Google

öffentlicht oder dem betreffenden Muther vor eingelegter Muthung anderweitig bekannt geworden sind.

Dieser Satz ist zuförderst in sofern unrichtig, als die Gültigkeit der Reservation eines Districtes zum eigenen Bau für den Fiscus überhaupt nicht von der Publication derselben abhängig gemacht werden kann, es vielmehr nur darauf ankommt, daß die Thatsache des Ansprechens für den Fiscus gehörig festgestellt ist. — Entscheid. Bd. 19. S. 48. — Abgesehen hiervon hat aber auch der Appellations-Richter gegen den formulirten Satz gar nicht verstoßen, da in der Cabinets-Ordre die Grenzen des reservirten Districtes bestimmt sind, dieselben im Amtsblatte bekannt gemacht worden sind und der Appellations-Richter unangefochten feststellt, daß, wenn auch die in der Cabinets-Ordre bezeichneten Richtungslinien nicht ganz bestimmt seien, doch unter allen Umständen die Muthung des Klägers innerhalb der durch die Cabinets-Ordre bezeichneten Grenzen zu liegen komme. Dies muß ausreichen, um der Muthung des Klägers gegenüber die Reservation des fraglichen Districtes für den fiscalischen Bau als festgestellt zu betrachten. Implorant führt aus, daß seit Publication der mehrgedachten Cabinets-Ordre ein, dritten Baulustigen gegenüber, wirksames Ansprechen eines gewissen Feldes für den Fiscus nicht stattgefunden, und daß die Cabinets-Ordre selbst auf weitere vom Finanz-Ministerium zu erlassende Verfügungen verwiesen habe; er übersieht aber, daß durch die Cabinets-Ordre selbst für alles das, was innerhalb der darin bestimmten Grenzen enthalten ist, ein genügendes Ansprechen des reservirten Districtes festgestellt wird.

Wie in der hier in Rede stehenden Ausführung des Appellations-Richters eine Verkennung des Rechtsgeschäftes

Digitized by Google

— Nr. 9. der Instruction vom 7. April 1839 — liegen soll, ist nicht ersichtlich.

Darauf, ob Fiscus das reservirte Feld durch Bau in Besitz genommen, kommt es nicht wesentlich an, der Appellations-Richter nimmt aber auch mit Recht an, daß es dabei nicht auf den Raum ankomme, welcher durch die Bergwerksgebäude erkennbar gemacht wird, daß vielmehr das reservirte Feld als ein Ganzes betrachtet und zur Constatirung der Förderung auf demselben, also zur Besitznahme desselben, für genügend erachtet werden müsse, daß in einem Theile desselben Bau getrieben wird (cfr. Entscheid. Bd. 41. S. 360 ff.). Das, was in dieser früheren Entscheidung in Bezug auf die Besitznahme verliehener Felder ausgeführt wird, muß auch bei der Besitznahme solcher Districte gelten, die für den fiscalischen Bergbau reservirt sind. Auf die Vermessung kommt es hierbei nicht an, da diese nur den Zweck hat, die bereits bestimmte Grenze auf der Oberfläche festzustellen resp. erkennbar zu machen. — §§. 172 ff. Tit. 16. Thl. II. A. L. R. und Cap. X. der Berg-Ordnung vom 5. Juni 1769.

Hierdurch erledigt sich auch die Rüge einer unrichtigen Anwendung des Grundsatzes:

daß durch den Beginn des Baues in einem Theile des Grubenfeldes dieses als ganz in Angriff genommen zu erachten ist

Digitized by Google

II.

Präjudicien.

a) in Civil-Sachen.

№ 2741. 19. September 1865. II. Senat. Zum Lübischen Rechte Art. 2. Buch 1. Tit. 8.

Das Präjudiz des zweiten Senats vom 9. Februar 1849 Nr. 2095 wird aufgehoben.

№ 2742. 18. Juli 1865. IV. Senat. Zur A. G. O. Thl. I. Tit. 30. §. 56. und Anhang §. 213.

Die Revision ist auch in dem Falle unzulässig, wenn der Versicherungs-Vertrag, aus welchem geklagt ist, auf dem Principe der Gegenseitigkeit beruht.

№ 2743. 16. September 1865. IV. Senat.

1) Zum Präjudiz Nr. 2591 vom 13. Januar 1855. Dieses Präjudiz ist durch Beschluß des vierten Senats vom 16. September 1865 aufgehoben.

2) Zur Deutschen Wechsel-Ordnung Art. 6. 8. 14. Der Aussteller eines an eigene Ordre gezogenen Wechsels wird von seiner wechselmäßigen Regreßpflicht als Aussteller nicht dadurch befreit, daß er seinem ersten Indossamente die Bemerkung: „ohne Gewährleistung, ohne Obligo," oder einen gleichbedeutenden Vorbehalt beifügt.

№ 2744. 8. Januar 1866. Plenum. Zum Stempelgesetz vom 7. März 1822 §. 9. und Tarif-Position: „Erbschaften".

Für die Stempelpflichtigkeit einer Erbschaft nach dem Stempelgesetz vom 7. März 1822, soweit die letztere

Digitized by Google

in Mobiliar-Vermögen besteht, ist nicht das Unterthanen-Verhältniß des Erblassers, wohl aber der letzte Wohnsitz desselben entscheidend.

№ 2745. 30. November 1865. II. Senat. Zu der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 §§. 10 ff., dem Ausführungs-Gesetze de eodem §§. 11 ff. und der Verordnung vom 30. Juni 1834 §. 26.

Die in den §§. 10 ff. der Gemeinheitstheilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821, den §§. 11 ff. des Ausführungs-Gesetzes zu derselben und §. 26. der Verordnung vom 30. Juni 1834 verordnete allgemeine öffentliche Bekanntmachung resp. Präclusion in einer Auseinandersetzungs-Sache hat nicht die Wirkung, daß das, auf einem der Auseinandersetzung unterworfenen Grundstücke haftende Wegerecht eines bei dem Verfahren sonst nicht betheiligten Dritten für erloschen zu erachten ist.

b) des Senats für Strafsachen.

№ 294. 9. October 1865. Plenum. Zur Verordnung vom 3. Januar 1849 §§. 126 ff.

Ist die Mittheilung der Appellations-Anmeldung des Staats-Anwalts an den Angeklagten noch nicht erfolgt, so liegt ein Fall vor, in welchem der Staats-Anwalt die Appellation noch zurücknehmen kann.

№ 295. 8. Mai 1865. Plenum. Zum Gesetz vom 11. März 1850, über die Polizei-Verwaltung, §§. 5. 6. 11. 12. 17.

Die von einer Königlichen Regierung für ihren Bezirk erlassene Verordnung, durch welche (außer der öffentlichen Aufforderung zu Collecten) alle öffentlichen Aufforderungen zu Sammlungen über-

Digitized by Google

haupt bei einer Polizeistrafe verboten worden, ist als eine gültige Polizei-Straf-Verordnung nicht anzusehen.

№ 296. 29. Mai 1865. Plenum. Zum Gesetze über die Presse vom 12. Mai 1851 §§. 22. 34. 37.

Es besteht keine rechtliche Vermuthung dafür, daß der Redacteur eines cautionspflichtigen Blattes, als solcher, Thäter oder Theilnehmer der durch einen darin enthaltenen Artikel begangenen strafbaren Handlung sei.

№ 297. 10. Juli 1865. Plenum. Zum Gesetze vom 2. April 1852 §. 1. litt. b. Nr. 1. zur Ergänzung des Mahl- und Schlachtsteuer-Gesetzes vom 30. Mai 1820. (Ges.-S. S. 107.)

Der Thatbestand einer Mahl- und Schlachtsteuer-Defraudation durch gewerbsmäßigen Verkauf im Sinne des §. 1. litt. b. Nr. 1. des Gesetzes vom 2. April 1852 liegt nicht schon vor, wenn die mahl- und schlachtsteuerpflichtige Sache, sei es mit, oder ohne Bestellung, nur unversteuert in den halbmeiligen Umkreis einer steuerpflichtigen Stadt vom Verkäufer gebracht ist, sondern erst dann, wenn dieselbe vor der Versteuerung von ihm an den Abnehmer übergeben ist.

№ 298. 23. October 1865. Plenum. Zum Str. G. B. §§. 130. 126. und der Rheinischen Strafproceß-Ordnung Art. 75.

Derjenige, welcher im Gebiete des Rheinischen Rechts in einer, vor dem Untersuchungsrichter schwebenden Untersuchung einen Anderen wissentlich zur wissentlichen Angabe der Unwahrheit nach abgeleisteten Zeugeneide (Art. 75. der Criminal-Proceß-Ordnung)

Digitized by Google

zu verleiten sucht, unterliegt nicht der Strafe des §. 130. des Str. G. B.

№ 299. 25. September 1865. Plenum. Zum Gesetz über die Mahl- und Schlachtsteuer vom 30. Mai 1820 §§. 13. 15. litt. a. und d. und zu dem Mahl- und Schlachtsteuer-Regulativ für die Städte Aachen und Burtscheid vom 29. März 1836 §. 6. litt. b.

Derjenige, welcher auf der Steuerstraße zur Hebestelle in den inneren Stadtbezirk einer mahlsteuerpflichtigen Stadt einen der Mahlsteuer unterworfenen Gegenstand unversteuert einbringt, unterliegt der Steuerdefraudations-Strafe nicht schon um deswillen, weil die Einbringung zu einer Zeit stattgefunden hat, wo nach dem Orts-Regulative der betreffenden Stadt, die Abfertigungsstunden für die Erledigung der steuerpflichtigen Gegenstände bereits abgelaufen waren.

№ 300. 13. November 1865. Plenum. Zur Feldpolizei-Ordnung §. 42. Nr. 2. und §. 45.

Zur Anwendung des §. 42. Nr. 2. der Feldpolizei-Ordnung nach der Fassung des Gesetzes vom 13. April 1856 genügt es, daß die entwendeten Gartenfrüchte, Feldfrüchte oder andere Bodenerzeugnisse von unbedeutendem Werthe oder in geringer Quantität gewesen. Das Zusammentreffen beider Umstände ist nicht erforderlich.

№ 301. 13. November 1865. Plenum. Zum Str. G. B. §. 243. Nr. 1.

Der Fall des §. 243. Nr. 1. Str. G. B. ist nicht vorhanden, wenn mit einem an sich richtigen Werkzeuge gemessen oder gewogen, dabei jedoch der Irr-

Digitized by Google

thum erregt wird, daß das Werkzeug ein anderes Maaß oder Gewicht ergebe.

№ 302. 18. December 1865. Plenum. Zum Gesetze über die Presse vom 12. Mai 1851 §. 54.

Unter den im §. 54. des Gesetzes über die Presse vom 12. Mai 1851 gedachten früheren Verurtheilungen eines der im §. 1. dieses Gesetzes erwähnten Gewerbetreibenden sind alle diejenigen zu verstehen, welche — unter den sonstigen Voraussetzungen des §. 54. — gegen seine Person, gleichviel ob vor oder nach erlangter Gewerbe-Concession erfolgt sind.

№ 303. 29. Januar 1866. Plenum. Zur Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 Art. 84.

Der Art. 84. der Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 schließt nicht aus, daß Mitglieder eines der beiden Häuser des Landtages wegen der in dieser ihrer Eigenschaft, bei Ausübung ihrer Functionen in der Kammer, ausgesprochenen Verläumdungen strafrechtlich verfolgt werden, wogegen dies bei bloßen Beleidigungen ohne verläumderischen Charakter nicht stattfindet.

№ 304. 22. Januar 1866. Plenum. Zum Gesetz vom 3. Mai 1852 Art. 89. 90. 91. und 97.

Es ist keine Nichtigkeit des Verfahrens nach Art. 97. des Gesetzes vom 3. Mai 1852, wenn nach Verlesung des Verdicts durch den Vorsteher die Geschworenen auf Befragen des Gerichts-Vorsitzenden einstimmig erklären:

> daß ihre Berathung sich auch auf die in der Frage enthaltenen erschwerenden Umstände erstreckt habe, daß aber die Schuld des Angeklagten mit diesen erschwerenden Umständen mit mehr als sieben Stimmen angenommen sei,

und demgemäß die Vervollständigung des Verdicts durch den Vorsteher im Sitzungszimmer selbst, ohne daß sich die Geschworenen in ihr Berathungszimmer zurückgezogen haben, erfolgt ist.

Digitized by Google

Register.

I. Sachregister.

Abwesenheits-Vormund, s. Altentheil.

Afterverpachtung, deren Einfluß auf die pacta adjecta des Pachtvertrages . . . . . Nr. 27. S. 191.

Agnat, s. Pommern.

Alimentation unehelicher Kinder, auch nach gemeinem Rechte kann der Vater die eigene Verpflegung übernehmen . Nr. 32. S. 224.

Altentheil, die Altentheils-Prästationen kann der Abwesenheits-Vormund nur in soweit einklagen, als er beweisen kann, daß der Berechtigte den Verfalltag erlebt hat . . . . . Nr. 13. S. 93.

— für dasselbe haftet der Constituent über seine Besitzzeit des Grundstücks hinaus nur dann persönlich, wenn es im Altentheils-Vertrage ausdrücklich verabredet ist . . . . . Nr. 14. S. 96.

Anweisung, s. Eigenthums-Prätendenten.

Appellation, vor der Mittheilung der Anmeldung an den Angeklagten kann sie der Staats-Anwalt zurücknehmen. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 294. . . . . S. 459.

Arme Schulkinder, s. Schulgeld.

Auseinandersetzungs-Sachen, s. Präclusion.

Bergbau, im Bereiche der Schlesischen Berg-Ordnung vom 5. Juni 1769 ist dem Staate die Feldesreservation regaler Fossilien zum eigenen Bergbau ohne Beschränkung gestattet . Nr. 53. S. 446.

Besoldungsansprüche, s. Rechtsweg, Verjährung

Betrug, s. Maaß und Gewicht.

Brückenbaulast, welche in einem gerichtlichen Vergleiche einer Gemeinde mit der Gutsherrschaft vereinbart worden, ist als öffentliche gemeine Reallast derselben anzusehen und bedarf nicht der hypothekarischen Eintragung . . . . . Nr. 52. S. 425.

Cession, deren Rechtsverbindlichkeit beim Vorhandensein brieflicher Urkunden über die cedirte Forderung wird durch die schriftliche Form, mithin auch bei der Cession einer Lebensversicherungs-Police, bedingt . . . . . Nr. 12. S. 83.

Chur-Mark, s. Lehns-Schulden.

Codicille, wenn der Erblasser in seinem Testamente sich ohne nähere

Digitized by Google

Bezeichnung vorbehalten hat, Codicille zu machen, so sind darunter gerichtliche und außergerichtliche zu verstehen und letztere, wenn sie nur die Namensunterschrift enthalten, gültig . Nr. 17. S. 111.
Commission, s. Verkaufs-Commission.
Commissionär, dessen Ansprüche, s. Verjährung.
Commissionsgeschäft, kaufmännisches, unterscheidet sich darin vom Mandat, daß der Commissionair das aufgetragene Geschäft in eigenem Namen abschließt . . . . . Nr. 34. S. 247.
Compensation, eine solche durch eine Berechnung vorgenommene, kann nicht bloß unter den Voraussetzungen einer condictio indebiti aufgerufen werden . . . . . Nr. 19. S. 120.
Condictio indebiti, s. Compensation.
Conventional-Strafe für den Zahlungstermin eines Capitals, wenn solche bei einer vor der Verfallzeit erfolgten Cession der Hauptforderung dem Cedenten vorbehalten worden, erlischt durch, ohne Vorbehalt über die Zahlung der Hauptforderung, geleistete Quittung Nr. 4. S. 27.
Darlehns-Valuta, s. Hypothekenrecht.
Deichbaulast in Schlesien . . . . . Nr. 51. S. 409.
Deichbaulast, in Ansehung solcher Deiche, welche zu keinem Deichverbande gehören, ist die frühere provinzialrechtliche Pflicht zu deren Unterhaltung nicht aufgehoben . . . . . Nr. 51. S. 409.
Diäten und Reisekosten, s. Rechtsweg.
Ehescheidungs-Klage, wenn deren Zurücknahme auch eine, nur unter Vorbehalt ertheilte, Verzeihung zum Grunde liegt, können die darin enthaltenen Ehescheidungsgründe in einer neuen Klage nicht geltend gemacht werden . . . . . Nr. 30. S. 207.
Eigenthums-Prätendenten Entscheidung des Streits unter ihnen nach Maaßgabe der Uebergabe . . . . . Nr. 8. S. 60.
Einschränkung des Eigenthums, welche im Erwerbsvertrage dahin bedungen worden, daß der Erwerber eines Grundstücks dasselbe ohne Zustimmung seiner Ehefrau nicht veräußern oder belasten soll, ist zulässig . . . . . Nr. 2. S. 11.
Eintragung in das Hypothekenbuch, s. Brückenbaulast.
Enterbungs-Ursache, als eine solche gilt eine dem Vater zugefügte grobe Schmähung nicht auch für die Mutter . Nr. 31. S. 211.
Entsagung, s. Erbschaft.
Entwendung, s. Feldpolizei-Ordnung.
Erbrecht, s. Verjährung.
Erbschaft, die Entsagung derselben, welche nach Ablauf der Ueberlegungsfrist oder nach erklärter Annahme erfolgt, ist nicht als eine eigentliche Erbschafts-Entsagung, sondern als ein Veräußerungsvertrag aufzufassen . . . . . Nr. 6. S. 44.
— s. a. Stempelpflichtigkeit.
Erbschaftsklage, s. Verjährung.
Execution, s. Simulation.
Feldesreservation, s. Bergbau.
Feldpolizei-Ordnung, zur Anwendung des §. 42. Nr. 2. genügt es, wenn die entwendeten Gartenfrüchte, Feldfrüchte oder andere Bodenerzeugnisse, entweder, von unbedeutendem Werthe, oder, in geringer Quantität gewesen. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 300. . . . . S. 461.

Digitized by Google

Finden, s. Schatz.
Gemeindeglieder-Vermögen, s. Markentheilung.
Gemeinschaftliches Eigenthum, bei dessen Verwaltung gelten auch dann die Vorschriften der §§. 36. ff. Thl. I. Tit. 17. A. L. R., wenn nur zwei gleichberechtigte Theilnehmer vorhanden Nr. 21. S. 137.
Gewährleistung, wie für eine Gutslast, kann von dem Käufer für die von der Landschaft in Schlesien festgesetzte Einschränkung des Holzschlages auf einem bepfandbrieften Gute nicht gefordert werden Nr. 10. S. 71.
Gütergemeinschaft, nach älteren Paderborner Statutarrecht, wenn die Ehe vor dem Gesetze vom 16. April 1860 geschlossen war und nach dem Tode des einen Ehegatten die Schichtung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern auch erst nachher erfolgt, treten dennoch die Grundsätze der Todtheilung ein Nr. 29. S. 200.
Handzeichen, s. Wechsel.
Hereditatis petitio, s. Verjährung.
Heuerling, s. Markentheilung.
Hinterpommern, s. Pommern.
Hohenzollern, s. Kirchenbaulast.
Holzschlag, s. Gewährleistung.
Hütungsgerechtigkeit, im Herzogthume Westphalen, wird deren Ausübung durch die Bestellung mit Gewächsen, welche zum Abhüten bestimmt sind, nicht gehindert . . . . . Nr. 28. S. 195.
Hypothekenrecht, zu dessen Erhaltung, wenn die Hypothek vor dem 1. Januar 1815 bestellt, aber erst nach Ablauf der Präclusionsfrist, jedoch noch zur Besitzzeit des Hypothekenbestellers, angemeldet ist, bedurfte es nicht der Ertheilung eines Recognitionsscheines nach der Verordnung vom 16. Juni 1820. . . . . Nr. 25. S. 176.
— dasselbe convalescirt nicht, wenn der Gläubiger die Darlehnsvaluta erst nach verfügter Subhastation, Eintragung des Subhastations-Vermerks und nach erfolgtem Zuschlage gezahlt hat Nr. 24. S. 169.
Intervention in der Execution, s. Simulation.
Kauf- und Lieferungs-Verträge im kaufmännischen Verkehr . . . . . Nr. 47. S. 383.
s. a. Stempel.
Kauf-Punktation, s. Stempelpflichtigkeit.
Kinder, uneheliche, s. Alimentation.
Kirchen-Patron, s. Patronatsrecht.
Kirchen- und Pfarrbauten, s. Rechtsweg, Patronatsbeiträge.
Kirchenbaulast, die subsidiare der Decimatoren umfaßt in Hohenzollern auch die Seiten-Altäre, Thurm, Glocken und Uhr Nr. 44. S. 343.
Klage, s. Ehescheidungsklage.
Kohlenbau-Gerechtigkeit, s. Stempel.
Landkirche, s. Patronatsbeiträge.
Landschaft, s. Gewährleistung.
Landtags-Mitglieder können wegen Verläumdungen, welche sie in der Kammer ausgesprochen haben, strafrechtlich verfolgt werden. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 303. . . . . S. 462.
Lebensversicherungs-Police, s. Cession.

Digitized by Google

Lehngut, s. Pommern.
Lehnschulden, Bezahlung, Erstattung und Verzinsung derselben nach Churmärkischem Provinzialrechte von Seiten des Lehnsfolgers an die Allodial-Erben des Lehnsbesitzers, welcher sie bezahlt hat Nr. 22. S. 144.
Lehns- und Successions-Register s. Pommern.
Lübisches Recht. Präjudiz Nr. 2741. . . . . S. 458.
Maaß und Gewicht, wer mit richtigem gemessen und gewogen, aber den Irrthum erregt hat, daß das Werkzeug ein anderes ergeben, hat die Strafe des §. 243. Nr. 1. des Str. G. B. verwirkt. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 301. . . . . S. 461.
Mäklerlohn für das Verschaffen des Käufers einer Hypothek beträgt nach der in Schlesien geltenden Kaiserlichen Sanction vom 26. November 1704 nur ein Procent . . . . . Nr. 3. S. 19.
Mahl- und Schlacht-Steuer-Defraudation, deren Bestrafung ist noch nicht begründet, wenn der steuerpflichtige Gegenstand auf der Steuerstraße zur Hebestelle in den inneren Stadtbezirk einer mahl- und schlachtsteuerpflichtigen Stadt, eingebracht worden, die ortsregulativmäßigen Abfertigungsstunden aber schon abgelaufen waren. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 299. . . . . S. 461.
— zu deren Thatbestand durch gewerbsmäßigen Verkauf gehört es, daß die steuerpflichtige Sache vor der Versteuerung an den Abnehmer übergeben worden. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 297. S. 460.
Markentheilung in Westphalen, die bei einer solchen unter den Markgenossen vorgenommene ausgewiesene Heuerlings-Abfindung ist nicht als Gemeindeglieder-Vermögen der politischen Gemeinde anzusehen . . . . . Nr. 20. S. 130.
Meineid, der Strafe des §. 130. des Str. G. B. unterliegt nach Rheinischem Rechte der nicht, welcher einen Andern wissentlich zur wissentlichen Angabe der Unwahrheit nach abgeleistetem Zeugeneide in einer schwebenden Untersuchung zu vermögen sucht. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 298. . . . . S. 460.
Minden, Fürstenthum, s. Markentheilung.
Miteigenthum, s. gemeinschaftliches Eigenthum.
Neumark, s. Patronatsbeiträge zu Pfarrbauten.
Ober-Lausitz, Brückenbaulast daselbst . . . . Nr. 52. S. 425. s. a. Brückenbaulast.
Pacht, s. Afterverpachtung.
Paderborn, s. Gütergemeinschaft.
Papiere, welche auf den Inhaber lauten, s. Vindication.
Patronatsrecht, wenn es mit einem Gute verbunden ist, welches aus Gerechtigkeiten besteht, letztere aber theils gesetzlich aufgehoben, theils abgelöst sind, ist dennoch mit seinen Rechten und Pflichten nicht erloschen . . . . . Nr. 40. S. 292.
Patronatsbeiträge zu Pfarrbauten betragen in der Neumark, wenn die Patrone der Mutter- und der Tochterkirche verschiedene sind, für die Patrone der Tochterkirche eben so viel, wie für den Patron der Mutterkirche . . . . . Nr. 42. S. 316.
— zum Bau einer Kirche, zu welcher Einwohner von Stadt und Land eingepfarrt sind, richten sich nach der örtlichen Lage der Kirche. Nr. 43. S. 329.

Digitized by Google

Pfarrhauten, s. Patronatsbeiträge.
Polizei-Straf-Verordnung, als eine gültige ist die Verordnung einer Regierung nicht anzusehen, welche in ihrem Bezirke alle öffentliche Aufforderungen zu Sammlungen bei Polizeistrafe verbietet. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 295. . . . . S. 459.
Pommern, ein Agnat, welcher zu der Zeit, als ein hinterpommersches Lehngut von dem Lehnsbesitzer an einen Dritten wiederkäuflich extra familiam verkauft wurde, in das Lehns- und Successions-Register noch nicht eingetragen war, kann von einem anderen gleich nahen Agnaten, der im Wege der Reluitions-Klage das Lehn an sich und in den Lehnsgang zurückgebracht hat, auch dann nicht die Herausgabe des Lehns zur Hälfte verlangen, wenn er inzwischen nachträglich in das Register eingetragen worden ist . . . Nr. 23. S. 158.
Präclusion, s. Hypothekenrecht.
— in Auseinandersetzungs-Sachen, bewirkt nicht die Präclusion eines nichtbetheiligten Dritten mit seiner Wegegerechtigkeit. Präj. Nr. 2745. S. 459.
Preßvergehen, Begriff der früheren Verurtheilungen im §. 54. des Preßgesetzes. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 302. S. 462.
Propregeschäft, s. Verkaufs-Commission.
Provision, s. Verjährung.
Quittung, s. Conventionalstrafe.
Quittungs-Stempel, denselben hat der zu tragen, in dessen Interesse die Verwendung des Stempels nöthig ist Nr. 48. S. 387.
Rechtsweg, derselbe ist zulässig auch wegen vermögensrechtlicher Ansprüche der Staatsbeamten aus ihrem Dienstverhältnisse vor dem Gesetze vom 24. Mai 1861, welche von der Verwaltungsbehörde abgelehnt, aber nicht durch die Entscheidung des Königs oder des Staats-Ministeriums zurückgewiesen sind . . . Nr. 36. S. 258.
— wegen Besoldungs-Ansprüche der Staatsbeamten aus der Zeit vor dem Gesetze vom 24. Mai 1861 wird durch eine vor der Publication des Gesetzes länger als sechs Monate ergangene, Entscheidung des Verwaltungs-Chefs nicht gehindert . . . . . Nr. 37. S. 274.
— von demselben sind Reisekosten und Diäten der Richter in Partei-Sachen nicht ausgeschlossen . . . . . Nr. 38. S. 281.
— derselbe findet über die Nothwendigkeit von Kirchen- und Pfarrbauten nicht statt, sondern den geistlichen Oberen steht die Entscheidung zu Nr. 41. S. 305.
Recognitions-Schein, s. Hypothekenrecht.
Redacteur eines cautionspflichtigen Blattes, eine rechtliche Vermuthung der Thäterschaft oder Theilnahme an der strafbaren Handlung, welche durch einen Artikel seines Blattes hergestellt wird, ist nicht vorhanden. Präj. des Senats für Strafsachen Nr. 296. . . . . S. 460.
Rendant der Vorschuß-Vereine, s. letztere,
Reisekosten, für eine Reise in Königlichen Dienstangelegenheiten, welche theils mit Dampfzeugen, theils mit dem Wagen gemacht wird . . . . . Nr. 39. S. 287.
Retract, s. Vorkaufsrecht.
Revision, s. Versicherungsvertrag.
Sachsen, Herzogthum, s. Stempel.
Schatz, zur Erwerbung der Rechte des Finders ist die Besitznehmun des Schatzes nicht erforderlich . . . . . Nr. 5. S. 33

Digitized by Google

Schlesien, s. Mäklerlohn, Zinsen, Gewährleistung, Wegebaupflicht, Deichbaulast, Bergbau.
Schreibensunkundige s. Wechsel.
Schulgeld für arme Kinder an Orten, wo Confessions-Schulen bestehen, hat nicht die Ortsgemeinde, sondern die Schulgemeinde in subsidium zu tragen . . . . . Nr. 45. S. 349.
Simulation eines Vertrages über das Eigenthum von Sachen, welche in der Execution abgepfändet sind, kann dem Intervenienten auch ohne Nachweis der Insufficienz des Schuldners entgegengesetzt werden . . . . . Nr. 1. S. 1.
s. a. Vorkaufsrecht.
Staatsanwalt, s. Appellation.
Staatsbeamte, s. Rechtsweg.
Stadtkirche, s. Patronatsbeiträge.
Stempel, zu Verträgen über die Veräußerung von Kohlenbau-Gerechtigkeiten in den vormals Sächsischen Landestheilen ist der Immobiliar-Stempel von einem Procent erforderlich . Nr. 46. S. 357.
— demselben unterliegen solche Verträge nicht, welche durch Correspondenz geschlossen sind . . . . . Nr. 47. S. 369.
— demselben ist ein Kauf- und Lieferungsvertrag im kaufmännischen Verkehr nur mit 15 Sgr. unterworfen . . . Nr. 47. S. 369.
s. a. Quittungsstempel.
Stempelpflichtigkeit nach Procent-Stempel, ist bei einer Kaufpunktation dann vorhanden, wenn sie die Kraft eines Vertrages nach ihrem Inhalte hat, daher eine Klage auf Erfüllung begründet Nr. 49. S. 393.
— einer Erbschaft in Ansehung des Mobiliar-Vermögens richtet sich nicht nach dem Unterthanen-Verhältnisse, sondern nach dem letzten Wohnsitze des Erblassers. Präjudiz Nr. 2744. . . . . S. 458.
Straßenbaulast, s. Wegebaupflicht.
Subhastation, s. Hypothekenrecht.
Testament, s. Codicill.
Todtheilung, s. Gütergemeinschaft.
Uebergabe, s. Eigenthums-Prätendenten.
Unterschrift, s. Wechsel.
Verdict, dessen Vervollständigung im Sitzungszimmer, wenn sie keine Nichtigkeit herbeiführt. Präj. des Senats für Straffachen Nr. 304. S. 462.
Verjährung, die kurze von vier Jahren findet auch auf Rückstände von Pensionen der Staatsbeamten Anwendung, welche aus der Zeit vor dem Gesetze vom 24. Mai 1861 herstammen, wenngleich der Anspruch bei der Verwaltungsbehörde angemeldet war Nr. 36. S. 259.
— die kurze nach §. 2. Nr. 2. des Gesetzes vom 31. März 1838 von vier Jahren, findet keine Anwendung auf die Ansprüche und die Provision des kaufmännischen Commissionärs . Nr. 34. S. 244.
— der gewöhnlichen unterliegen die hereditatis petitio und die derselben vorausgeschickte Präjudizial-Klage, welche mit dem Tage der Besitzergreifung pro herede oder pro possessore beginnt Nr. 7. S. 48.
Verkaufs-Commission, wenn in Folge derselben der Commissionär den Selbstankauf, also ein Propregeschäft; bewirkt, so gilt der Tag,

Digitized by Google

an welchem dem Committenten der Selbstankauf angezeigt wird, als Zeitpunkt der eintretenden Verbindlichkeit des Commissionairs Nr. 33. S. 230.

Versicherungs-Vertrag, welcher auf dem Principe der Gegenseitigkeit beruht, begründet auch die Revision. Präjudiz Nr. 2742. S. 458.

Vertrag durch Correspondenz, s. Stempel.

Verzugszinsen können in dem Falle besonders eingeklagt werden, wenn bei Ausstellung der Quittung über das Capital, deren Nachzahlung auch nur mündlich verabredet und vorbehalten worden Nr. 16. S. 107.

Vindication von auf den Inhaber lautenden Papieren gegen den redlichen Besitzer kann nicht bloß auf den Nachweis des daran früher erlangten Eigenthums gegründet werden . . . Nr. 18. S. 116.

Vorbehalt, s. Ehescheidungsklage.

Vorkaufsrecht, Einfluß der Simulation des Kaufvertrags auf das Rückforderungsrecht . . . . . Nr. 26. S. 183.

Vorschuß-Vereine, bei Darlehnen an ihre Mitglieder können die Beiträge zum Verwaltungsfonds, welche statutenmäßig für den Fall des Verzuges verabredet sind, nicht als Ueberschreitung der gesetzlichen Zinsen angesehen werden . . . . . Nr. 15. S. 101.

— wenn im Schuldscheine der Rendant derselben als Auszahler des Darlehns und als Empfänger der Rückzahlung bezeichnet worden, so ist er auch zur Anstellung der Klage legitimirt Nr. 15. S. 101.

Wechsel, der Aussteller eines an eigene Ordre gezogenen wird von seiner Regreßpflicht nicht frei, wenn er sich auch in seinem ersten Indossamente dagegen verwahrt hat. Präjudiz Nr. 2743. S. 458.

— eines Schreibensunkundigen, dabei genügt die Beglaubigung des Handzeichens durch ein Attest oder Protocoll des Notars unter dem Wechsel . . . . . Nr. 35. S. 250.

Wegebaupflicht in Schlesien liegt denjenigen ob, deren Grundstücke an der Straße liegen . . . . . Nr. 50. S. 399.

Wegegerechtigkeit, s. Präclusion.

Westphalen, Herzogthum, s. Hütungsgerechtigkeit.

— Provinz, s. Markentheilung.

Wiederkaufsrecht, dasselbe und der Wiederkaufspreis wird dadurch nicht aufgehoben, daß Theile des Grundstücks mit Bewilligung des Wiederkaufsberechtigten an Fremde veräußert worden. Nr. 11. S. 79.

Zehntherren, s. Kirchenbaulast.

Zinsen, in Schlesien sind die landüblichen sechs Procent Nr. 9. S. 64.

— welche nach §. 116. Thl. I. Tit. 11. A. L. R. der Verkäufer zu zahlen hat, beruhen nicht bloß auf dem Verzuge, sondern auch auf der Regel des §. 109. a. a. O. . . . . Nr. 9. S. 64.

— s. Verzugszinsen, Vorschuß-Vereine.

Digitized by Google

II. Verzeichniß der zur Anwendung gebrachten oder erläuterten Gesetze und Verordnungen.

Allgemeines Landrecht.

Theil I.

Einl.	§	87.	S. 19.	Tit.	§§.		S.
Tit.	§§.		S. 19.	11.	=	376. 377. 394. 395. 398.	83.
3.	=	35.	19.		=	602.	93.
4	=	5—8.	19.		=	803—811.	101.
	=	52.	1.		=	843—848.	107.
	=	84 ff.	110.	12.	=	161 ff. Anh. §. 35.	111.
5.	=	39. 68. 270.	19.		=	624. 627. 632. 633.	215 ff.
	=	58 ff. 83. 87.	11.	15.	=	45—47.	116.
	=	79 ff. 86. 109. 116.	369.	16.	=	64.	144.
	=	172 ff.	255.		=	116. 178. 189. 196. 300. 301.	
	=	306—309.	27.		=	381.	120.
7.	=	74. 66—68.	69.	17.	=	23. 24. 29. 36. 42.	137.
9.	=	75. 82—87. 89.	33.	18.	=	229—233. 527 ff. 580 ff. 594. 597. 598.	144.
	=	367. 395.	49.	19.	=	30. 31.	292.
	=	389 ff. 412.	44.	20	=	13.	169.
	=	528. 529.	271.		=	532. Anh. §. 54.	388.
10.	=	22. 23.	60.		=	568—631. 647. 651. bis 656.	183.
11.	=	109—116. 227. 228.	64.	21.	=	313 ff.	191.
	=	175.	425.				
	=	175, 183. 184. 441. 442.	71.				
	=	175—182.	441.				
	=	296. 299.	80.				

Theil II.

Tit.	§§.		S.	Tit.	§§.		S.
2.	=	408 ff. 440.	211 ff.	11.	=	712. bis 719. 731. bis 740.	329.
7.	=	11. 37. Nr. 1. §§. 39. 87. 146.	425.	12.	=	29—34.	249.
11.	=	568—584 ff. 610. bis 617.	292.	15.	=	63—65.	416.
	=	707—709 ff. 759. 760.	305.	16.	=	16—27.	49.
					=	154. 76.	446.
				18.	=	482.	49.

Allgemeine deutsche Wechsel-Ordnung.

Art. 94. . . . . S. 250.

Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch.

Art. 290. . . . . S. 248.
= 361. 376. 377. . = 230.

Digitized by Google

Allgemeine Gerichts-Ordnung.

Theil I.

Tit. 10. §§. 115. 121. 124. 126. . . S. 425.
" 32. " 2. . . . . " 406.
" 46. " 3 ff. . . . . " 49.

Concurs-Ordnung.

§§. 392 ff. . . . . S. 174. 175.

Allgemeine Gerichts-Ordnung.

Theil II.

Tit. 1. §. 10. . . . . S. 255.

Theil III.

Tit. 7. §§. 75—77. . . S. 257.

Allgemeine Hypotheken-Ordnung.

Tit. 1. §§. 47—49. . S. 441.

Römisches Recht.

Institutiones.

§. 39. de rerum divisione (2. 1.) . . S. 36.

Digesta.

L. 24. de statu hominum (I. 5.) . . . . . S. 227.
L. 31. §. 1. L. 63. pr. §§. 1. 3. de acquir. rer. dom. (41. 1.) S. 36.
L. 3. §. 3. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.) . . . . S. 36.
L. 3. §. 10. L. 4. de jure fisci (49. 14.) . . . . . S. 36.

Codex.

L. unica de thes. (10. 15.) . . S. 36.

Concilium Tridentinum.

Seccio. 21. cap. 7. de reform. S. 343.

Libri feudorum.

Lib. I. tit. 6. §. 3. . . S. 144.

Französisches Civil-Gesetzbuch.

Art. 2114. 2124. 2127. 2148. 2134. 2166. S. 177.

Einzelne Gesetze, Verordnungen u. s. w. nach der Zeitfolge geordnet.

Jahr. Tag.
1661. Churſächſiſche Erledigung der Landesgebrechen. §. 36. S. 437.

Digitized by Google

Jahr.	Tag.	
1673. 1685. 1715. 1764.	8. August. 7. Juli. 29. Januar. 19. April.	Oberamts-Patente für die Ober-Lausitz, betr. die Besserung der Straßen und Wege. S. 425.
1699.	3. Januar.	Edict, betr. die Beiträge der Patrone der Mutter- und Tochterkirchen zu Kirchenbauten in der Churmark resp. in der Neumark. S. 316.
	8. Februar.	Verordnung,
1712.	17. Juni.	Kgl. Ordres,
	14. Juli.	
1704.	26. Novbr.	Kaiserliche Sanction de mercede proxenetica. S. 19.
1723.	1. Juni.	Constitution, wie es mit der Succession der Agnaten, bei Veräußerungen u. s. w. der Rittergüter in der Churmark zu halten (s. g. Lehnsconstitution). §§. 3. 16. 27. S. 144.
1767.	11. Januar.	Schlesisches Wege-Reglement. §§. 6. 7. 19. S. 399.
1769.	5. Juni.	Revidirte Schlesische Berg-Ordnung. cap. I. §. 1. cap. III. §. 1. S. 446.
1775.	20. Februar.	Declaration des Schlesischen Landschafts-Reglements Nr. XIV. S. 71.
1781.	28. April.	Churſächsisches Straßenbau-Mandat. S. 425.
1793.	26. März.	Entscheidung der Gesetzcommission. S. 19.
1805.	18. Februar.	Königl. Cabin.-Ordres,
	16. April.	Circular-Verordnung, betr. die Entscheidung der kirchlichen Behörden über die Nothwendigkeit von Kirchenbauten. S. 305.
1808.	9. Juli.	Großherzoglich Hessische Gemeinheitstheilungs-Ordnung §. 125. S. 195.
1815.	22. Mai.	Patent wegen Einrichtung des Hypothekenwesens in den wieder vereinigten Provinzen jenseits Elbe und Weser. §§. 8. 9. 11. 12. S. 176.
1820.	16. Juni.	Verordnung, betr. Erwerbung von Realrechten bei nicht vollständig eingerichtetem Hypothekenwesen. §§. 2. 5. 6. S. 177.
1822.	7. März.	Stempelgesetz und Tarif zum Stempelgesetze §§. 4. 5. des Gesetzes und Tarifsatz „Kaufverträge über Grundstücke“ u. s. w. S. 357.
		" 22. und Tariff. „Lieferungs-Verträge“. S. 382.
		" 22. und Tariff. „Quittungen“. S. 388.
		Tarifsatz „Kaufverträge“. S. 393.
1830.	24. April.	Königl. Kabinets-Ordres, betr. die Verpflichtung der Grundeigenthümer in Schlesien
	24. Juni.	zur Unterhaltung der Oderdeiche. S. 420.

Digitized by Google

Jahr.	Tag.	
1830.	7. Juli.	Cabinets-Ordre } betr. das Verfahren über Ansprüche von Civilbeamten wegen ihres Dienst-Einkommens. S. 274.
	12. Novbr.	Rescript des Justiz-Ministers }
1831.	1. August.	Königl. Cabinets-Ordre, betr. die Landtagsfähigkeit der Rittergüter nach Ablösung der Reallasten. S. 300.
1834.	4. März.	Subhastations-Verordnung §§. 13. 19. S. 169.
	19. Juni.	Königl. Cabinets-Ordre, betr. die Stempelpflichtigkeit von Punktationen. S. 393.
1838.	31. März.	Gesetz über kürzere Verjährungsfristen. §. 2. Nr. 2. . . . . S. 244. §. 2. Nr. 5. §§. 9. 10. . . 259.
1840.	16. Januar.	Königl. Cabinets-Ordre, betr. den Stempel zu Vergleichen. S. 370.
1842.	11. Mai.	Gesetz, betr. die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen §. 5. S. 409.
	31. Decbr.	Gesetz über die Verpflichtung zur Armenpflege. §§. 1 ff. 14. 15 ff. S. 349.
1843.	19. October.	Regulativ, betr. den Betrieb der Kohlengruben in den sächsischen Landestheilen §. 3 ff. S. 361.
	13. Novbr.	Königl. Cabinets-Ordre, betr. die Genehmigung des vorstehenden Regulativs. ebendas.
1844.	28. Juni.	Gesetz, betr. das Verfahren in Ehescheidungen. §. 53. S. 206.
1845.	11. Juli.	Gesetz über die Lehns- und Successions-Register in Altvorpommern und Hinterpommern §§. 7. 8. 10. S. 159.
	11. Juli.	Notariatsgesetz §§. 10. 12—15. 21. S. 257.
1847.	30. April.	Königl. Cabinets-Ordre, betr. den Stempel zu Kauf- und Lieferungsverträgen im kaufmännischen Verkehr. S. 370. 383.
1848.	28. Januar.	Gesetz über das Deichwesen §§. 1. 28. S. 409.
	10. Juni.	Königl. Erlaß, betr. die Tagegelder ꝛc. bei Dienstreisen der Staatsbeamten. S. 151. §. 3. Nr. 1. 2. 3. S. 288.
1849.	2. Januar.	Verordnung über die Gerichtsverfassung §. 35. S. 285.
1850.	19. Novbr.	Regulativ über Verwaltung und Beaufsichtigung des katholischen Kirchenvermögens in der Provinz Posen. S. 316.
1851.	14. April.	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuche Art. II. S. 19.
1855.	9. Mai.	Gesetz, betr. die Anfechtung der Verträge zahlungsunfähiger Schuldner. §§. 1. 2. 7. Nr. 1., §§. 9. 12. 17. S. 1.
1856.	14. April.	Gesetz, betr. die ländlichen Ortsobrigkeiten in den östlichen Provinzen. §. 2. Nr. 2. §. 6. S. 301.

Digitized by Google

Jahr.	Tag.	
1860.	16. April.	Gesetz, betr. das eheliche Güterrecht in der Provinz Westphalen. §§. 7. 15. 22. S. 200.
1861.	24. Mai.	Gesetz, betr. die Erweiterung des Rechtsweges §§. 1. 11. . . . . S. 281.
		" 1. 2. 7. . . . . " 259.
		" 1. 2. 7. 8. . . . " 277.
		" 2. . . . . " 274.
	1. Juni.	Gesetz wegen Anlegung von Hypothekenbüchern für Gerechtigkeiten zur Kohlengewinnung in den Sächsischen Landestheilen §§. 1—7. S. 357.

Berichtigungen.

S. 13. Z. 14. l. Dispositions st. Depositions.
" 31. " 14. l. etwa st. etwas.
" 43. " 7. v. u. l. Cessionen st. Concessionen.
" 52. " 4. v. u. l. protendantur.
" 102. " 8. v. u. sind hinter Zinsen zwei = zu setzen.
" 104. " 13. v. u. l. eine st. einer.
" 132. " 12. l. Bd. 2. st. 12.
" 158. " 13. ist durchgreifend zu streichen.
" 210. " 10. v. u. l. „die Verordnung" st. Sie.
" 219. " 7. l. Autoritäten.
das. " 17. ist vor der Zahl 8 einzuschalten: Nr.
das. " 2. v. u. l. Enterbungsursachen.
" 231. " 14. l. 31. st. 29.
" 231. " 15. l. $11^1/_2$ st. $12^1/_2$.
" 329. " 7. v. u. ist vor: „hängt" ein „und" einzuschalten.
" 370. " 1. und 380 Z. 17. l. 16. Januar st. 10.
" 370. " 2. l. Ges. S. 301. st. 20.
" 425. " 4. v. u. ist hinter Nr. 1. das Zeichen §§ zu setzen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google